

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PENAL COMO PROTEÇÃO DE BENS
JURÍDICOS E COMBATE À IMPUNIDADE.**

RODRIGO ACÓRDI GOULART

FLORIANÓPOLIS

2012

A DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PENAL COMO PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E COMBATE À IMPUNIDADE.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do grau de
bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

FLORIANÓPOLIS

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “A deslegitimação do discurso penal como proteção de bens jurídicos e combate à impunidade”, elaborada pelo acadêmico Rodrigo Acórdi Goulart e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria n. 1.886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2012.

Prof. Matheus Felipe de Castro

Prof. Alexandre Morais da Rosa

Prof. André Rodrigues de Oliveira

RESUMO

O trabalho faz um resgate histórico do Direito Penal brasileiro no século XX, contextualizando a nossa produção legislativa numa concepção técnico-jurídica que traz a noção das prevenções e da tutela de bens jurídicos, dando os moldes da ideologia penalizadora (re)produzida em nosso país. A atuação simbólica do Direito Penal é vislumbrada quando de análises tais como a do enquadramento dos tipos penais às condutas praticadas por pessoas das camadas marginalizadas da sociedade, a chamada “clientela do Direito Penal”, ou o “inimigo interno”. A pesquisa quer demonstrar a relação existente entre a violência e as profundas desigualdades sociais em nosso país, onde outrora se professou a doutrina da “segurança nacional” e que, para alguns, ainda deveria ser praticada. É apresentada uma visão realista de como as ditas políticas em prol da segurança pública são moldadas, como são levadas a efeito e como fracassam; o quanto as propostas de Estado estão fundadas em premissas equivocadas e em valores ultrapassados. A reflexão crítica se faz presente ao longo dos três capítulos, procurando deixar claro que o combate à violência não passa de uma triste opção pela gestão penalizadora das mazelas sociais (preconceito, pobreza, ignorância, etc.), que não aprende com seus erros e só faz reproduzir os mesmos fracassos de sempre.

Palavras-chave: Direito Penal – discurso jurídico-penal – criminologia crítica – abolicionismo penal.

Dizer a verdade sobre como estão as coisas é já o primeiro ato através do qual essas são modificadas.

Rosa Luxemburgo

Todos pensam em mudar o mundo, mas ninguém pensa em mudar a si mesmo.

Liev Tolstói

Sumário

INTRODUÇÃO.....	7
Capítulo 1 – A cultura penal no Direito brasileiro.....	8
1.1 A exposição de motivos de Código Penal de 1940.....	8
1.2 A formação da ideologia penalista.....	11
1.3 Delitos e penas.....	17
Capítulo 2 – Os problemas do Direito Penal.....	19
2.1 A justiça tarda, mas não falha: as políticas governamentais.....	19
2.2 A opinião pública: impunidade.....	33
Capítulo 3 – Reinterpretação do Direito Penal.....	39
3.1 Intervenção mínima: legitimação do erro.....	39
3.2 As penas perdidas: desconstrução o discurso.....	43
3.3 Cultura de paz.....	48
CONCLUSÃO.....	56
Bibliografia.....	56

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca apresentar análises diferenciadas do direito penal brasileiro, desconstruindo o discurso comum da repressão, das prevenções e da impunidade, notadamente através de um processo de reinterpretação do direito material e de novas concepções dentro da cultura jurídica em nosso país.

Para isso, este acadêmico houve por bem dividir o tema em três capítulos: o primeiro fazendo uma contextualização política da produção legislativa penal, esboçando a ideologia em que ela se funda. Trata-se de uma cultura que acredita no encarceramento exemplar como solução dos problemas sociais e do combate à impunidade, tida por muitos como a principal questão a ser resolvida no âmbito penal.

O segundo capítulo traz uma visão crítica do discurso penal, apresentando a forma como o discurso é disseminado e tomado pela população que, ignorante e preconceituosa, clama por justiça e mais penalização. O texto desconstrói a ideia de diminuição da criminalidade baseada nas teorias de prevenção geral e especial e traz à baila uma discussão política a respeito dos rumos do Direito Penal e da (falta de) responsabilidade do Estado enquanto nação para com as questões sociais.

Por fim, o texto apresentado no terceiro capítulo tem como objetivo desviar o foco tradicional do controle social, apresentando um discurso pela subtração da cultura punitiva e pela idealização do abolicionismo penal, buscando a percepção daquilo que realmente merece ser estudado e melhorado, e não continuar a analisar os efeitos que nos fazem combater como se fossem causas.

Espera-se, com este trabalho, causar uma reflexão nas pessoas enquanto sociedade e, tendo a certeza de que, embora oficialmente encerrando as atividades acadêmicas, a percepção de realidades distorcidas e a busca pela verdadeira paz social não tem data para acabar.

Capítulo 1 – A cultura penal no Direito brasileiro

A cultura legislativa penal é um paradigma da vida em sociedade. Condutas são criminalizadas para que se protejam bens jurídicos que nos são mais caros, como a vida e a propriedade particular. Nesse sentido, analisa-se neste capítulo a formação de uma produção legislativa que deu origem a uma ordem jurídico-penal própria a ensinar a violência institucionalizada como forma de combate à criminalidade.

1.1 A exposição de motivos de Código Penal de 1940

Preliminarmente, cumpre-nos fazer menção ilustrativa acerca da legitimação pela legalidade vinculada ao direito penal do fato e à segurança jurídica, lançando mão da doutrina de Vera Regina Pereira de Andrade (1997, pg. 177):

[...] a legitimação pela legalidade, que marca o moderno poder penal, resulta da intervenção do Direito (positivo = lei) na história do poder de punir. E esta representa uma transformação qualitativa associada por sua vez ao fenômeno mais profundo e abrangente de monopolização (ou tentativa de monopolização) da força física como sanção da ordem social e das relações privadas que corresponde ao nascimento e desenvolvimento do Estado central moderno e de uma nova forma de legitimação do poder mediante a qual o Estado moderno se faz e se apresenta como Estado de Direito, e o seu poder de punir se afirma como direito de punir (*jus puniendi*).

Dentro dessa concepção, temos que a atuação do Direito Penal não se dá (ou pelo menos não deveria) apenas no âmbito do retribucionismo puro, simplesmente buscando a “proteção de bens jurídicos”, mas também procura atribuir à pena funções socialmente úteis.

Nesse sentido, continua a autora gaúcha:

Assim, as chamadas teorias ‘absolutas’, circunscritas ao retribucionismo, foram logo superpostas pelas diversas teorias chamadas “relativas” ou “utilitárias” que, atribuindo à pena a função de prevenção geral e especial, representam o complemento legitimador que decorre da positividade e instrumentalidade do Direito moderno. (ANDRADE, 1997, pg. 179).

Inicialmente, cabe um resgate às origens contemporâneas da codificação penal no Brasil, onde se demonstra a existência de sanções de caráter predominantemente retributivo, de acordo com uma filosofia dita moderna e que viria a pacificar os conflitos sociais.

Nosso Código Penal dispõe:

Apesar desses inegáveis aperfeiçoamentos, a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século. (BRASIL. *Código Penal: Exposição de motivos da nova parte geral do código penal* (Lei n. 7.209, de 11-7-1984). Brasília, DF: Congresso Nacional, 1983.

Pela leitura da vontade do legislador, observamos uma “delegação de competência” mediante a transmissão de clamor popular pelo combate à criminalidade, no sentido de imprimir estratégias de neutralização a situações indesejáveis. Observa-se que o povo se encontra ainda insatisfeito com a insuficiente repressão dos órgãos de segurança, exigindo maior atenção quanto a políticas públicas em favor do resguardo e proteção das pessoas de bem.

O atual Código Penal já nasceu com a tendência de ser reformado. A datar de sua entrada em vigor, começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as ideias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis.

Com relação aos crimes contra a vida, que são bastante aparentes em nosso dia-a-dia, a exposição de motivos retrata de forma clara a ideologia positivista, que inegavelmente parte da análise do crime quanto a quem o pratica, e não aquilo que pratica; sabemos tratar-se da ideologia dominante, inclusive, bastante presente nos dias de hoje. Temos:

O projeto mantém a diferença entre uma forma simples e uma forma qualificada de "homicídio". As circunstâncias qualificativas estão enumeradas no § 2º do artigo 121. Umas dizem com a intensidade do dolo, outras com o modo de ação ou com a natureza dos meios empregados; mas todas são especialmente destacadas pelo seu valor sintomático: são circunstâncias reveladoras de maior **periculosidade** ou extraordinário grau de **perversidade** do agente. Em primeiro lugar, vem o motivo torpe (isto é, o motivo que suscita a aversão ou repugnância geral, v.g., a cupidez, a luxúria, o despeito da imoralidade contrariada, o **prazer do mal**, etc.) ou fútil (isto é, que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime). Vem a seguir o "emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio

insidioso (isto é, dissimulado na sua **eficiência maléfica**) ou cruel (isto é, que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma **brutalidade** fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade) ou de que possa resultar perigo comum". Deve notar-se que, para a inclusão do motivo fútil e emprego de meio cruel entre as agravantes que qualificam o homicídio, há mesmo uma razão de ordem constitucional, pois o único crime comum, contra o qual a nossa vigente Carta Política permite que a sanção penal possa ir até à **pena de morte**, é o "homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade" (artigo 122, nº 13).

Percebe-se uma forte carga do maniqueísmo inerente à legislação baseada em preceitos religiosos como é a nossa (em que pese a laicidade do Estado), onde o pecado se confunde com as condutas selecionadas e tidas como indesejáveis pelo Código. Às práticas hostis descritas no parágrafo anterior, então, destinam-se castigos que se confundem com as penas cominadas pela prática dos tipos penais elencados naquele Diploma.

No que diz respeito aos crimes contra o patrimônio, cuja proteção sempre foi tratada com especial cuidado pelo legislador, encontramos a preocupação em punir para prevenir que as condutas dispostas no código não venham a ser praticadas:

A extorsão é definida numa fórmula unitária, suficientemente ampla para abranger todos os casos possíveis na prática. Seu tratamento penal é idêntico ao do roubo; mas, se é praticada mediante sequestro de pessoa, a pena é sensivelmente aumentada. Se do fato resulta a morte do sequestrado, é cominada a mais rigorosa sanção penal do projeto: reclusão por 20 (vinte) a 30 (trinta) anos e multa de vinte a cinquenta contos de réis. Esta excepcional severidade da pena é justificada pelo caráter brutal e alarmante dessa forma de criminalidade nos tempos atuais.

A exposição de motivos do código de 40 é tão crente na previsão de penas mais severas resolvem os problemas da sociedade que, discorrendo sobre a instituição familiar, o legislador considera que ela não se consolida porque não há repressão suficiente aos que ousam desrespeitá-la:

Na "Semana Internacional de Direito", realizada em Paris, no ano de 1937, Ionesco-Doly, o representante da Romênia, fixou, na espécie, com acerto e precisão, a *ratio* da incriminação: "A instituição essencial que é a família atravessa atualmente uma crise bastante grave. Daí, a firme, embora recente, tendência no sentido de uma intervenção do legislador, para substituir as sanções civis, reconhecidamente ineficazes, por sanções penais contra a violação dos deveres jurídicos de assistência que a consciência jurídica universal considera como o assento básico do *status familiae*. É, de todo em todo, necessário que desapareçam certos fatos profundamente lamentáveis, e desgraçadamente cada vez mais frequentes [...].

E ainda:

É certo que a vida social no Brasil não oferece, tão assustadoramente como em outros países, o fenômeno da desintegração e desprestígio da família; mas a sanção penal contra o "abandono de família", inscrita no futuro Código, virá contribuir, entre nós, para atalhar ou prevenir o mal incipiente.

O redator principal do código de 40, Francisco Campos, encerra sua exposição de motivos objetivando inserir o Brasil na corrente legislativa internacional de então, que

A obra legislativa do Governo de Vossa Excelência é, assim, enriquecida com uma nova codificação, que nada fica a dever aos grandes monumentos legislativos promulgados recentemente em outros países. A Nação ficará a dever a Vossa Excelência, dentre tantos que já lhe deve, mais este inestimável serviço à sua cultura.

Acredito que, na perspectiva do tempo, a obra de codificação do Governo de Vossa Excelência há de ser lembrada como um dos mais importantes subsídios trazidos pelo seu Governo, que tem sido um governo de unificação nacional, à obra de unidade política e cultural do Brasil.

O Código Penal brasileiro traz consigo uma forte herança da Escola Positiva, do tecnicismo jurídico, e carrega um discurso de proteção aos bens jurídicos mais importantes, como um Diploma garantidor das liberdades individuais e, com efeito, necessário para a pacificação do convívio social e o respeito às instituições públicas.

Percebe-se claramente que o legislador brasileiro insere o nosso país na cultura jurídica internacional em plena ascensão no século XX, produtora de leis e de supostas proteções a direitos da pessoa, encorajando a repressão aos que delas se dispersem.

1.2 A formação da ideologia penalista

O sistema penal do Brasil imperial escravista era – como da estrutura do escravismo – de base corporal, fundado na intervenção física que impõe a dor, a mutilação ou a morte no corpo do acusado, manipulado pelos proprietários de terras e de negros, ao ponto de existir uma continuidade (inclusive prevista em lei) entre a pena pública e o castigo doméstico; um poder penal que, tal como na ordem feudal, provinha da propriedade. O símbolo desse sistema penal poderia ser a forca, o tronco ou o pelourinho ao qual se atavam os escravos fustigados [...] (BATISTA, 1998, pg. 119).

O castigo sempre esteve presente na cultura brasileira, notadamente a partir da ocupação europeia em nosso território e durante toda a colonização. A chamada

“retribuição com um mal lícito a um mal ilícito”, mesmo após séculos de escravidão e sofrimento, continua sendo o carro chefe da dita ciência penal, protetora dos bens jurídicos considerados mais importantes. A relação que se cria entre os protegidos e aqueles de quem se protege é de tensão e medo, pois sobre esses recai toda a culpa pela violência que presenciamos todos os dias.

Percebe-se que desde há muito a visão do legislador brasileiro é pela divisão maniqueísta de seus filhos, como se uns nascessem bons e outros fossem naturalmente maus; o caráter do criminoso seria, então, algo decorrente de uma pré-disposição para o mau.

Reconhecendo que o título de “homem criminoso” recai sobre as camadas miseráveis da população, atribuem-se a elas a característica da periculosidade e de potencial ameaça aos bens jurídicos, dos quais não se pode abrir mão de se estabelecer especial proteção dentro de um contexto social violento como o nosso.

Sobre a atribuição do caráter de criminoso ao homem, dispõe Andrade, 1997, pg. 249:

O que começa a se esboçar doravante é uma modulação que se refere ao próprio infrator, a sua natureza, ao seu modo de vida e de pensar, ao seu passado, e não mais à intenção de sua vontade. Desenha-se a necessidade de uma classificação paralela dos crimes e das penas e a necessidade de individualizá-las, de acordo com as características singulares de cada criminoso. Trata-se agora de fundamentar a ligação código-individualização segundo os modelos científicos da época. Sem dúvida, como acentua Foucault, em termos de teoria do Direito e de acordo com as exigências da prática cotidiana, a individualização se encontra em posição radical com o princípio da codificação.

Basta fazer uma breve consulta à “opinião publicada”. Como menciona Aury Lopes Júnior (2006, pg. 12), num país como o nosso, vira notícia no *Jornal Nacional* o fato de um grupo de favelados terem “descido o morro” e “invadido” um *shopping Center* no Rio de Janeiro. Ou seja, enquanto cada um ocupar o espaço a si destinado na sociedade, as coisas vão bem; quebrando essa organização do ambiente, contudo, está plantada a semente da discórdia.

Sobre essa flagrante desigualdade que se manifesta pela “invasão” abrupta de uma determinada classe social num centro comercial construído para fomentar a circulação de riqueza, temos que o positivismo criminológico, tanto quanto a política criminal acoplada a suas premissas, produzia um discurso estratégico para aquela conjuntura, em que uma classe se situa num patamar inferior não apenas jurídico, mas

de cunho biológico, de base racial, que coloca a infração às leis como uma doença, lançando mão de estatísticas criminais tendenciosas (BATISTA, 2003, pg. 13).

O autor segue fazendo seu relato sobre a atuação de um Estado que utiliza de suas ferramentas policiais para, não abrindo mão da intervenção física corporal, presente nos maus tratos aos suspeitos recrutados em áreas faveladas, nas operações de repressão à desobediência civil de grupos excluídos, acaba por torturar suspeitos, causar danos a inocentes. Muitas das vezes, ainda, suas ações ostensivas são praticadas por grupos especializados no extermínio, não raro disfarçada em autos de resistência (BATISTA, 1998, pg. 123).

Era talvez inevitável que a primeira teoria social a acasalar-se sistematicamente com categorias jurídico-penais fosse, paradoxalmente, uma teoria perante a qual o conflito equivale a uma **perturbação**, e não a uma dinâmica social; uma teoria mantenedora de um suposto equilíbrio das relações sociais; em suma, lançando mão de estratégias inovadoras, baseada na ordem e na manutenção do *status quo*, de raízes profundas na Escola Positiva do princípio causal. Tal teoria até poderia vingar nos países desenvolvidos, onde a desigualdade social é menos incisiva; no Brasil, contudo, não há sentido criminalizar as chamadas “ilegalidades populares”, que retratam puramente uma realidade que visa atender aos anseios das classes sociais melhor dotadas de recursos financeiros, que torcem o nariz para a presença incômoda da pobreza nas ruas da cidade (BATISTA, 2003, pg. 141).

Vera Regina também faz uma análise a respeito desse processo de criminalização da pobreza:

Esta lógica se revela no direcionamento predominante da criminalização primária para atingir as formas de desvio típicas das classes e grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Enquanto é dada a máxima ênfase à criminalização das condutas contrárias às relações de produção (crimes contra o patrimônio individual) e políticas (crimes contra o Estado) dominantes e a elas dirigida mais intensamente à ameaça penal; a criminalização de condutas contrárias a bens e valores gerais como a vida, a saúde, a liberdade pessoal e outros tantos não guarda a mesma ênfase e intensidade da ameaça penal dirigida à criminalidade patrimonial e política. Simultaneamente são preservadas, seja pela omissão ou criminalização simbólica, as condutas desviantes típicas das classes sociais hegemônicas (detentoras do poder econômico e político) cuja gravidade, embora difusa, é muitas vezes superior à chamada criminalidade “tradicional”. Criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas (ANDRADE, 1997, pg. 279).

É notável que a desigualdade social se manifesta de uma forma crônica no Brasil. Enquanto uma parte da população vive razoavelmente bem, sem se preocupar com o seu *shopping* sendo tomado por mortos de fome, essa massa de miseráveis perambula pelas ruas da cidade, visivelmente excluída do aparato social ou, quando muito, subutilizada em ocupações a ela especialmente reservadas.

Régis Prado (2003, pg. 106) faz reflexão a respeito em sua obra:

Emergem como bens jurídicos relacionados com o desenvolvimento técnico e científico, frutos em grande parte da sociedade pós-industrial, na qual novos riscos são criados ou incrementados pelos processos de alta tecnologia. Esse perfil assumido pela sociedade atual, em que o risco é visto como algo que lhe é imanente, como verdadeiro consectário do progresso, engendra por sua vez a necessidade de intervenção normativa penal com o desiderato de enfrentar, na proteção de bens jurídicos, essas novas e complexas situações de perigo (PRADO, 2003, pg. 106).

Ao Estado, assim, cabe a simples função de classificar seus filhos entre bons e maus e combater aqueles ditos desviados e denegridores da ordem pública que, por vontade própria, assim agem.

Nesse sentido, a doutrina nacional segue o “vácuo legislativo” da crescente tradição jurídica internacional, como se destacou no primeiro capítulo deste trabalho; passa o Brasil, então, a propagar a doutrina da proteção ao bem jurídico, tido como valor de vital importância, sem o qual a convivência em sociedade fica impossibilitada.

Na área dos crimes contra a vida, por exemplo, percebemos que a estratégia do legislador não mudou em relação ao código anterior; o que se passou a pedir, na verdade, foi uma atuação mais incisiva das forças de segurança pública: mais do mesmo.

A doutrina de Luiz Regis Prado (2003, pg. 60) diz que uma das principais funções do bem jurídico é a de garantir ou de limitar o direito de punir do Estado. Para o autor, o legislador possui um compromisso de não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos.

O Brasil já adotou esse modelo repressivista há mais de 20 anos, quando da criação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), seguida de outras na mesma linha, marcou a entrada do sistema penal brasileiro na *ideologia do repressivismo saneador*. Aumenta-se a estrutura repressora em detrimento da busca pela resolução dos problemas que realmente geram a violência (LOPES JÚNIOR, 2006, pg. 16).

Esse é o entendimento que se propaga desde o Período Clássico, onde se pensava que quanto mais numerosos fossem os tribunais, tanto menos se poderia temer que pessoas desrespeitassem as leis (BECCARIA, 2005, pg. 106).

O Código de Processo Penal de 1941 emparelha-se aos dispositivos trazidos no Diploma de Direito Material, trazendo consigo a mesma carga de valores emulativos, como se percebe pela leitura da exposição de motivos para o advento da legislação processual:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e **favores**, que a repressão se torna necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos.

O povo em geral estava plenamente convicto de que a medida certa para o combate à criminalidade era a hipertrofia do aparato de controle social, fundado nas penas. Assim, já começa a imperar o discurso da prevenção geral na cultura jurídica do mundo moderno.

Rogério Greco afirma que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. Para efetivar essa proteção utiliza-se da cominação, aplicação e execução da pena. A pena não é a finalidade do direito penal. É apenas um instrumento de coerção de que se vale para a proteção desses bens, valores e interesses mais significativos da sociedade (informação oral).

Claus Roxin diz que a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos (2009, pgs. 16-17).

A finalidade do Direito Penal, então, não seria a de buscar a pena, mas a de viabilizar o bem de todos; as penalidades cominadas aos infratores da lei, então,

seriam apenas instrumentos legitimados a corrigir o comportamento do homem criminoso – um mal necessário.

O discurso penal é pela proteção de certos bens jurídicos selecionados pelo Estado como “os mais importantes”, independentemente de uma manifestação flagrante e instantânea; a dita proteção existe, assim, para resguardar direitos latentes, mas que não deixam de ser objeto da preocupação do legislador.

O problema inerente a estas normas é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos. Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma sumária aplicação da punição, há que se fazer a fundamentação, eis que fundamental e necessário para a regular tutela do bem jurídico. (ROXIN, 2009, pg. 28).

Há que se proceder com a inteligência de uma estratégia que esteja atenta à realidade dos bens jurídicos, buscando-se a proteção daquilo que de fato interessa.

O plano legislativo e dogmático traça, portanto, um processo de ponderação em dois níveis. O legislador só deve proteger bens jurídicos e, em consequência, deixar intacta a liberdade de atuação do cidadão. Por sua parte, o aplicador do Direito não deve tutelar os bens jurídicos de maneira irrestrita, senão unicamente quando da verificação de atentados a bens jurídicos gerados a partir de riscos criados por irresponsabilidade (ROXIN, 2009, pg. 41).

Um Direito Penal que, desde sua origem, não se propusera, finalmente, em essência, garantir a proteção dos valores mais transcendentais para a coexistência humana, seria um Direito Penal carente de base substancial e que não se preocupa com os princípios de Justiça inerentes a todo e qualquer ordenamento jurídico, e, sendo assim, incompetente para dispor sobre as relações humanas próprias de uma coletividade (PRADO, 2003, pgs. 25-26).

Resgatando uma ideia trazida na exposição de motivos do Código de 40, observamos a consolidação da pena enquanto mecanismo de combate aos crimes:

No tratamento do homicídio culposo, o projeto atendeu à urgente necessidade de punição mais rigorosa do que a constante da lei penal atual, comprovadamente insuficiente.

Percebe-se que o legislador está convicto na política do aumento da repressão para salvaguardar bens jurídicos ameaçados, como se já houvesse sido provado que a intensidade do combate trouxesse resultados consistentes e saltos qualitativos dentro

de um contexto de sociedade republicana e democrática, como a nossa se propõe a ser.

Trata-se de uma estratégia de combate à violência que lança mão do mesmo expediente do criminoso: o de retribuir com mão de ferro aqueles crimes cometidos pelos membros dos patamares mais baixos da sociedade.

A doutrina de Foucault (2009, pg. 63) sustenta que o suplício é perigoso de qualquer modo, pelo apoio que nele encontra, uma contra a outra, a violência do rei e a do povo. O que ocorre é a criação de uma cultura da punição: acostumado a “ver correr sangue”, o povo aprende rápido que a vingança sanguinária é justa e legítima.

Em que pese o deslocamento do castigo do corpo para a mente do homem criminoso, ainda figura a violência como forma de intimidar, combater ou até mesmo de ressocializar os condenados que, de regra, voltam ao banco dos réus.

O autor francês segue com sua lição nesse sentido:

Onde desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado do supliciado, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do “delinquente”, pela pequena alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir e como objeto do que ainda hoje se chama a ciência penitenciária. Dizem que a prisão fabrica delinquentes; é verdade que ela leva de novo, quase fatalmente, diante dos tribunais aqueles que lhe foram confiados. Mas ela os fabrica no outro sentido de que ela introduziu no jogo da lei e da infração, do juiz e do infrator, do condenado e do carrasco, a realidade incorpórea da delinquência que os liga uns aos outros e, há um século e meio, os pega todos juntos na mesma armadilha. (FOUCAULT, 2009, pg. 213).

1.3 Delitos e penas

A Escola Clássica, proveniente do Iluminismo, buscava um equilíbrio entre os delitos praticados e as penas imediatamente a eles cominadas. Isso porque era próprio dos regimes absolutistas que então reinavam a crueldade e os castigos focados no corpo do condenado, que, desprovido de quaisquer direitos ou garantias, era trucidado pelo império.

A principal manifestação contrária a essa concepção absurdamente repressora se deu com o livro “Dos Delitos e Das Penas”, do italiano Cesare Bonesana, o marquês

de Beccaria (1764). Sua doutrina vinha de encontro àquela ideologia da vingança perpetrada pelo Antigo Regime, considerando a pena legítima em uma situação senão aquela que comprometa a ordem pública, a segurança e a liberdade das pessoas. Sua *Obra Máxima* (2005, pg. 24) ilustra bem a crença na norma escrita como garantidora da ordem e dos interesses do estrato social que representa:

Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais homens o lerem, menos delito haverá; pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas [prevenção geral] coloquem um freio à eloquência das paixões.

A citada obra atenta para o fato de que uma punição eficaz contribuirá para a diminuição dos delitos, uma vez que, levando ao conhecimento de todas as consequências de um crime cometido, não mais se observará na sociedade tais comportamentos indesejados.

O autor milanês (2005, pg. 63) segue com sua lição:

Poder-se-ia também tornar mais estreita a ligação das ideias de crime e de castigo, dando à pena toda a conformidade possível com a natureza do crime, para que o temor de um castigo especial (prevenção geral negativa) afaste o espírito da senda a que levava a perspectiva de um crime vantajoso. É necessário que a ideia do suplício esteja sempre presente no coração do homem fraco e domine o sentimento que o conduz ao crime.

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, redator do Código Penal da Baviera de 1813, normalmente qualificado entre os juristas da chamada Escola Clássica, elaborou a Teoria Relativa da Pena, baseada na ideia da prevenção geral, segundo a qual a pena deve exercer uma coerção psicológica sob o conjunto da sociedade, contrabalanceando, assim, os impulsos internos que empurram em direção à prática do delito. O Código Penal da Baviera é considerado um marco da evolução do Direito Penal, comparado ao que foi o Código de Napoleão para o Direito Civil. (informação oral; Professor Alexsander Castro).

As punições traziam consigo uma pesada carga religiosa, vindo o crime ser entendido como um verdadeiro pecado enquanto desobediência às leis de um soberano.

Nesse sentido, trazemos novamente a doutrina da Escola Clássica (BECCARIA, 2005, pg. 72):

As relações existentes entre o homem e Deus são de dependência, que nos submete a um Ser perfeito criador de todas as coisas, a um Senhor

soberano que apenas a si reservou o direito de ser igualmente legislador e juiz; apenas ele pode ser ao mesmo tempo uma coisa e outra. Se ele estabeleceu castigos eternos para o que violou as suas leis, qual o inseto bastante corajoso para ousar vir em socorro de sua justiça divina, para pretender vingar o ser que se basta a si mesmo, que os delitos não podem entristecer, que as punições não podem contentar e que é o único da natureza que age de modo constante?

Não se pode deixar de considerar a influência da igreja na produção jurídico-penal em nenhuma parte do mundo, porquanto instituição disciplinadora por excelência e estabelecadora de dogmas que devem ser seguidos por todo cidadão de bem, se desejar assim continuar a ser denominado.

Capítulo 2 – Os problemas do Direito Penal

Até o momento este trabalho buscou apresentar a ideologia por trás da formulação e aplicação do Direito Penal, demonstrando a fonte de suas motivações e justificativas para criar tipos penais incriminadores. De agora em diante passar-se-á para uma análise mais crítica da cultura punitiva, ilustrando e argumentando em favor de uma reinterpretação da ciência penal.

2.1 A justiça tarda, mas não falha: as políticas governamentais

Como demonstrado no último tópico do primeiro capítulo, o direito penal veio com a missão de humanizar as penas e de fazer cumprir a lei da forma mais fiel possível ao seu texto, sem atropelar os direitos da pessoa. Ocorre que, mesmo com o discurso de punir para garantir as liberdades, o Estado segue retribuindo condutas e, pior, não resolve o “problema” da criminalidade.

Os Estados modernos passam a professar um discurso resolvidor de problemas à custa de alguns sacrifícios supostamente necessários ao alcance da paz social. Reúnem-se as ferramentas disponíveis e se instrumentalizam políticas desencorajadoras a condutas indesejadas, que são selecionadas como se pecados fossem.

A doutrina nacional também vai no sentido do discurso comum de crimes e penas a ele cominados, lembrando sempre a função do Direito Penal como protetor dos valores mais importantes ao convívio social (BRUNO, 1978, pg. 205):

O fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc. [...]. São interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou as concepções de vida em determinado momento.

Define-se a cultura jurídica brasileira pela distribuição de tipos penais como estratégia de controle social. A codificação ora em discussão é justificada, ainda, pelo referido autor (1978, pg. 339):

Quando a consciência jurídica impôs ao Direito Penal, com o fim de segurança, a exigência de uma definição clara e precisa dos fatos em razão dos quais a sanção se aplicaria, o meio criado pelos juristas para resolver este problema capital foi o tipo, isto é, a descrição exata das circunstâncias do fato punível.

O mesmo autor ainda faz menção à função pedagógica das penas, colocando a sanção como justa a ensinar o caminho certo das condutas sociais (BRUNO, 1978, pg. 409). Isso porque o Direito Penal reproduz uma cultura de que sua atuação assegura a proteção dos bens jurídicos, gravando na consciência coletiva uma ideia de legitimidade em relação a suas ferramentas legislativas e repressoras. A força da norma na finalidade de prevenir os crimes seria uma estratégia de sucesso a ser adotada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o assunto discorre, contudo, doutrina que coloca em discussão esse objetivo declarado pela citada lição, no sentido de denunciar a ocultação de uma situação mais complexa por trás da simples solução trazida nos ensinamentos do autor pernambucano referido. Da obra de Zaffaroni (1991, pg. 27) extraímos:

Como em qualquer emergência, à medida que a situação vai se tornando insustentável, começa a operar-se a evasão mediante mecanismos negadores que, em nosso caso, aparentam conservar a antiga segurança de resposta, embora reconheçam-se “problemas” que costumam ser deixados de lado, através de uma delimitação discursiva arbitrária que evita confrontar a crise. No entanto, os mecanismos de negação não podem superar sua essência e, por conseguinte, não

ocultam a situação crítica que se manifesta em uma progressiva “perda” das “penas”, isto é, as penas como inflicção de *dor sem sentido* (“perdido” no sentido de carentes de racionalidade).

A produção legislativa penal é objeto de estudo em todas as partes do mundo, ao que se fazem diferentes classificações com o intuito de melhor compreender a natureza das disposições e o propósito de seus objetivos. O autor italiano Alessandro Baratta (2002, pg. 160) traz interessante lição nesse sentido:

Por *técnica jurídica* se entende, com efeito, a preparação de *instrumentos legislativos* (técnica legislativa), *interpretativos* e *dogmáticos* em vista de finalidades e de opções político-criminais conscientemente perseguidas no âmbito da correção lógico-argumentativa e da discricionariedade valorativa atribuída ao jurista, nestes diversos níveis da própria atividade, pelo sistema jurídico-político. Este deve ser considerado não somente na realidade normativa existente (e, portanto, nas mais ou menos vastas opções *políticas* consentidas na interpretação e na construção dogmática dele), mas também na sua ampla transformabilidade no quadro constitucional e, pois, na dinâmica das relações sociais de produção que prevê e indica.

Sabemos da institucionalização da violência como instrumento de controle social. Flagrante demonstração dessa estratégia política adotada é a análise de resultados de cunho estatístico pelos nossos organismos de segurança pública. A busca pela uniformização afasta o debate político e legítima, mesmo inconscientemente, o monopólio da força como disciplina da conduta desviada.

No governo do Estado do Rio de Janeiro dos anos 90, instituiu-se o que ficou conhecida como “gratificação faroeste”, que nada mais era do que uma vantagem financeira destinada aos policiais que realizavam patrulhamento ostensivo e voltavam para a base trazendo supostos traficantes de drogas ilícitas, principalmente. Este acadêmico entende que tal política pública encoraja a repressão despropositada ao crime, contribuindo para o crescimento não questionável da violência como forma de controle.

O Professor Nilo Batista (1997, pg. 130), por sua atuação no Governo do Estado do Rio de Janeiro, conhece bem a realidade nessa unidade da Federação, e colaciona em sua doutrina:

Se é relativamente fácil perceber “a marca da política” diante de uma guerra em favor do tráfico de drogas, as coisas complicam quando pretendemos perceber as características da política criminal que elegeu

a própria guerra como método, da política criminal que se vê e se pretende guerra contra as drogas. Teremos que inverter o percurso, e ao invés de procurar na guerra a marca da política, tratar de vislumbrar nessa política criminal as marcas da guerra.

Atenta-se ainda para o fato de que, considerado o delito de tráfico de drogas como de perigo abstrato, abre-se margem a interpretações tendenciosas a atestar a culpabilidade do agente. Tal é a preocupação em relação a esse assunto que os encarceramentos decorrentes do combate às drogas em muitos casos ultrapassa a marca dos 60%.

Sob essa óptica, a produção do pânico legitima a elaboração de legislações autoritárias e repressivas em regime de urgência. Militarização e Direito Penal atuam, assim, como principais instrumentos repressivos na “guerra santa” contra as drogas. (CARVALHO, 2002, pg. 215).

Nesse sentido, trazemos outra lição de Nilo Batista (1998, pg. 124):

A questão das drogas ilícitas ofereceu um campo fértil para a cultura do inimigo interno. A explosão de consumo, a partir dos anos 60 – quando os movimentos jovens fizeram da droga um signo de recusa e crítica de um modo de vida fundado na competição e na própria guerra – viria a criar, especialmente a partir dos mercados dos países centrais, uma economia clandestina fantástica, fora do controle daquelas nuvens de gafanhotos financeiro-eletrônicos transnacionais [...]. Por outro lado, nenhum motivo criminal detém a plasticidade das drogas ilícitas, às quais se aderem discursos religiosos, sanitários, morais, químicos, étnicos, etc.: um achado que, de estratégia comunista para a dominação das mentes no quadro de um mundo dividido, quando chega a merecer uma declaração de guerra (primeiro Nixon e depois Reagan), transforma-se no eixo de uma nova guerra contra o “crime organizado”, capaz de mobilizar recursos astronômicos para a auspiciosa indústria do controle do crime (BATISTA, 1998, pg. 124).

Trata-se do chamado “senso comum criminológico”, no termo usado por Maria Lúcia Karam; um discurso que não informa, e só faz aumentar a ignorância e as desigualdades sociais que dão a moldura à questão das drogas em geral.

Este quadro, absorvido pelos meios de comunicação e respaldado pela opinião pública, foi fundamental para a inclusão do inciso XLIII no artigo 5º. da Constituição, visto que muitos dos parlamentares constituintes foram eleitos com sustentação em plataformas políticas que tinham como estratégia fundamental a segurança pública (CARVALHO, 1996, pg. 136).

Segundo o texto constitucional:

“A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-las, se omitirem”.

De acordo com os levantamentos realizados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública no ano de 2011 (publicado no Fórum Brasileiro de Segurança Pública), em 2009 o Brasil investiu R\$ 45,5 bilhões em segurança pública, sendo mais de R\$ 10 bilhões só no estado de São Paulo. Em 2010, houve um aumento de 4,4% nesse investimento, alcançando-se a marca dos R\$ 47,5 bilhões.

O número total de presos (provisórios e definitivos) nos sistemas penitenciários, que era de 90 mil presos em 1990, aumentou para 500 mil em 2010. Um crescimento de 450% e uma taxa de 258 presos por 100 mil habitantes (veja-se que a população brasileira neste mesmo período teve um crescimento de somente 26,7%).

Se considerarmos apenas os presos definitivos, a situação é ainda mais alarmante. De acordo com o Anuário 2011, em 1938 o Brasil contava com uma taxa de 19,1 presos condenados para cada grupo de 100 mil habitantes. Já em 2009, essa taxa havia saltado para 242,5 presos por 100 mil habitantes, significando um crescimento de 1.169% em 71 anos.

Entre 1994 e 2009 o número de presídios construídos no país cresceu 253%, chegando a 1.806 estabelecimentos prisionais em 2009 (enquanto o número de escolas caiu 19,3%, conforme cálculo realizado pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes, de acordo com dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA).

Ainda entre 2009 e 2010 houve um aumento no número de juízes de 3,2%, totalizando 16.804 magistrados em 2010, bem como de servidores da justiça, chegando a 321.963 também em 2010, conforme dados divulgados pelo CNJ. Com uma despesa total de R\$ 41 bilhões em 2010, houve um aumento de despesa com a Justiça entre 2009 e 2010 de 3,7%.

Ninguém matou mais em 2009 que o Brasil em números absolutos, alcançando 51.434 homicídios dolosos (de acordo com os dados do Departamento de Informática do SUS – DATASUS, do Ministério da Saúde). Com esse montante (26,6 pessoas a cada 100 mil habitantes), o Brasil conquistou a posição de 3º. país mais homicida da América Latina e o 6º. do mundo. Em 1979 tínhamos 9,6 mortes para cada 100 mil habitantes. Em 2009 pulamos para 26,6.

Os números acima são, por si sós, conclusivos: o simples “investir” em segurança pública, policiamento, sistema processual e prisional não basta. É necessário o desenvolvimento de uma política criminal que tenha por escopo fins não apenas repressivos, mas especialmente preventivos, envolvendo medidas socioeducativas, conscientização da população e principalmente dos operadores do direito. O Brasil é um país socialmente, moralmente e eticamente doente. Enquanto não cuidarmos das suas mazelas seculares (das suas doenças), não há remédio que lhe dê jeito. A política de segurança pública brasileira continua, em razão da sua extensa banda podre, servil à prata (corrupção) e ao chumbo (violência). **(Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-dez-08/coluna-lfg-juizes-prisoos-violencia>. Acesso em 22.09.2012).**

O tráfico de drogas sem dúvida é uma das atividades que mais aciona o sistema carcerário no Brasil, sendo que a circulação e o consumo são altamente desencorajados por ações policiais cada vez mais intensificadas, mas não necessariamente mais eficientes.

Não raro veiculam-se nas mídias e nas redes sociais notícias de pessoas inocentes feridas ou mortas em meio ao confronto policiais *versus* traficantes, ou traficantes *versus* traficantes. Pessoas cujos barracos foram utilizados como escudo e que, depois de encerrados os disparos das armas de fogo que concretizam essa guerra quase que particular, constataam as paredes alvejadas, ódio, destruição e muita tristeza.

Nilo Batista, em palestra proferida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 2008, compartilhou a ideia de ascensão irresistível do Estado policial. Segundo ele, trata-se de uma forma de esconder o debate político atrás de suas representações jurídico-penais; de trazer o dogma da pena providencial; uma solução simbólica para problemas reais. De acordo com ele, acabou-se toda a percepção crítica do princípio da legalidade; não se discute mais a lei que, outrora, se combateu tanto. O discurso está monopolizado para os dados sociais que produz.

Como resultado das relações de autoridade que encerra e da complexidade de organização da instituição, dotada que é de regras específicas de eficiência, o significado silogístico da expressão “manter a ordem”, acaba por significar uma investigação da pessoa do culpado e na atribuição do *status* de desviado, haja vista que o grau de eficiência da polícia é medido pelo número de marginais levados ao cárcere e processados pelo Estado (KRANTZ, 2002, pg. 21).

Tal como a polícia, o Ministério Público, no âmbito da responsabilidade penal, também tem sua eficiência medida pelo número de condenações alcançadas e não deixa de fomentar a divisão do trabalho e a especialização do saber (KRANTZ, 2002, pg. 21).

A ideologia repressiva está tão incrustada na cultura norte-americana, por exemplo, que a atividade do encarceramento passou a fazer parte do mercado especulativo; um serviço que, atualmente, atrai cada vez mais investidores.

A obra acostada de Lóic Wacquant (2001, pg. 54) conta mais detalhes a respeito desse mercado do cárcere:

Parlamentares, penalistas e altos funcionários dos países membros da União Europeia fazem peregrinações regulares a Nova York, Los Angeles e Houston no intuito de penetrar os mistérios da disciplina americana e na esperança de melhor aplicar as engrenagens secretas em sua pátria. Assim, foi depois de uma dessas missões, generosamente financiada pela *Corrections Corporation of America*, primeira firma de encarceramento dos Estados Unidos – quanto ao número de negócios (mais de 400 milhões de dólares), o número de detentos (perto de 50.000), e o rendimento de seus títulos no mercado de ações Nasdaq (o seu valor se multiplicou por 40 em 10 anos) – que Sir Edward Gardiner, presidente da Comissão de Assuntos Internos da Câmara dos Lordes, conseguiu descobrir as virtudes da privatização penitenciária e instar a Inglaterra a se colocar na vida das prisões com fins lucrativos. Isso antes de se tornar ele próprio membro do conselho de administração de uma das principais empresas que dividem o suculento mercado da punição, uma vez que o número de reclusos nas prisões privadas da Inglaterra aumentou de 200 em 1993 para quase 4.000 hoje.

A estratégia é tão tida como acertada que agora se buscam formas de aprimorar e desenvolver mecanismos neoliberais sobre este serviço genuinamente público, de estratégia sociopolítica de controle.

Nessa esteira, professa Nilo Batista (1997, pg. 142):

Não compete mais ao Estado imiscuir-se na economia para fomentar e garantir condições decentes de sobrevivência para a população, devendo sim privatizar todos os setores de sua intervenção, desregular os mercados e promover a mais ampla liberalização financeira e comercial; por favorecer estes objetivos, a mídia – agora o braço armado do império transnacional da produção de tecnologias, equipamentos e dos serviços de telecomunicações – golpeia enfaticamente e procura desmoralizar cotidianamente toda e qualquer irregularidade que se passe no âmbito da administração pública, enaltecendo paralelamente a “eficiência” das gestões privatizadas, reduzindo o noticiário ou mesmo silenciando sobre suas negociatas. Como o resultado real dessa espécie de “vale-tudo” econômico é o aumento da marginalização social e do desemprego, com todos os conflitos e tensões que, exprimindo-se também nas incidências

criminais, alavancam crescente demanda de repressão policial, estabelece-se um curioso paradoxo, tocando ao “Estado mínimo” exercer um controle social penal máximo.

O Estado, dando esta carta branca aos particulares, passa o atestado de que nada mais tem a acrescentar nos debates acerca da segurança pública e, lavando suas mãos, privatiza a suposta solução para o problema crônico que é a desigualdade social em todo o mundo. Trata-se de um novo paradigma instaurado na administração pública atual que, cada vez menos atua na economia e cada vez mais trabalha – agora visando o lucro – para prender delinquentes. Pega, processa e prende. O procedimento já foi testado, aprovado e, de agora em diante, as questões periféricas serão trabalhadas pela iniciativa privada, eis que de mero trâmite.

Wacquant (2001, pg. 58) traz a ideia de que se acabou criando uma espécie de religião penal nos Estados Unidos, que objetiva melhor “educar” as frações da classe trabalhadora refratárias à disciplina do trabalho assalariado precário e sub-remunerado. Tal doutrina “educativa” já teria encontrado ressonância por todo o continente europeu, onde já é paradigmática essa relação entre governos e iniciativa privada, preocupados em promover o “direito à segurança”, em detrimento de uma visão mais social e respeitadora de princípios de Direito do Trabalho, por exemplo.

O fato é que os governos não encaram ou não querem encarar a raiz do problema, lançando mão de políticas extremamente violentas e segregadoras, sob o discurso de eliminação daqueles ditos usurpadores da ordem pública. A lente posicionada sobre os fatos não é capaz de curar a miopia social em torno desse assunto que, cada vez mais, caminha na direção errada.

O autor francês segue fazendo sua crítica (2001, pg. 60):

Não é porque os “incivilizados” se multiplicam em um bairro que este se torna mal afamado por soçobar numa onda de violência que acarreta sua decadência, mas antes o inverso: são a decadência econômica e a segregação perene que alimentam os distúrbios de rua, desestabilizando a estrutura social local e minando as oportunidades de vida das populações. Se os guetos negros e os *barrios* mexicanos e porto-riquenhos dos Estados Unidos concentram em seu seio tantas “patologias urbanas”, é em razão da dupla rejeição de casta e de classe, de que padecem de saída seus habitantes, e do desinvestimento urbano e social levado a cabo durante 25 anos pelo Estado americano – e não por efeito de uma dinâmica behaviorista endógena que veria os riachos dos “pequenos delitos” irem naturalmente fazer transbordar o rio caudaloso das grandes “violências urbanas”.

A criminalidade violenta passa a ser o principal objeto de visualização dos meios de comunicação, como afirma Salo de Carvalho em sua Dissertação (1996, pg. 137). A pressão e o pânico, disseminados pela imprensa, encorajam e acabam por provocar alguns legisladores, identificados com modelos repressivos autoritários, a introduzirem no corpo constitucional este dispositivo.

Para Zaffaroni (1991, pg. 128), o material “de fora” veiculado na televisão exerce grande influência na cultura da caça aos criminosos. As séries policiais glorificam o violento, o esperto e o que aniquila o “mal”. A “solução” do conflito através da supressão do “mal” é o modelo que fica para as presentes e as futuras gerações, encontrando guarida no íntimo da consciência humana, pois é recebido em etapas muito precoces da vida, quando a pessoa ainda se encontra em formação psíquica.

São os meios de massa que desencadeiam as campanhas de “Lei e Ordem”, quando o poder das agências encontra-se ameaçado, ainda de acordo com o Magistrado argentino (1991, pg. 129). Estas campanhas realizam-se através da “invenção da realidade” (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue) pela apresentação de eventos criminosos como atentados praticados por inimigos da sociedade, que disseminam o mal por causa (bem a par da Escola Positiva) de sua periculosidade, seu egoísmo exacerbado em se apropriar do patrimônio alheio, nem que pra isso precise pôr fim a vidas dos cidadãos de bem incautos.

Corroborando desse ponto de vista a Professora Vera Andrade (1997, pg. 295-296):

De um lado, o sistema penal experimenta uma demanda relegitimadora de sua intervenção proveniente da ascensão do chamado “Movimento de Lei e Ordem”, que responde ao problema da criminalidade violenta, seja individual ou organizada e da segurança pública (“alarme da criminalidade”), especialmente nos grandes centros urbanos, com a demanda pela radicalização repressiva, que vai, se acrescente, desde um incremento do discurso da retribuição e prevenção geral negativa (aumento do *quantum* das penas, restrição das garantias processuais, maximização do aparelho policial, etc.) até o apelo à prevenção especial negativa (neutralização e incapacitação dos criminosos, mediante prisão de segurança máxima, prisão perpétua e pena de morte, onde inexistem).

A mídia escrita e televisionada no Brasil em nada contribui para que seus expectadores desenvolvam uma visão crítica do que lhes é apresentado. Suas matérias se limitam a mostrar aquela criminalidade de “porta de delegacia”, com manifestação de violência e atentado flagrante a bens jurídicos que nos são mais caros, como a vida ou a integridade física.

Em verdade, a mídia cumpre muito mais um papel de entreter do que de informar. As reportagens, feitas com um caráter de denúncia, cobram punição por parte das autoridades. A mídia em geral tem uma mentalidade bastante conservadora no que diz respeito à criminalidade, ajudando a propagar o discurso de que os crimes são cometidos porque a autoria não é investigada e, dessa forma, ninguém vai preso.

Assim como nos outros setores da sociedade, a mídia traz consigo o paradigma da defesa social, promovendo a separação em bons e maus sujeitos. Presença certa na sala de estar de todos os brasileiros, a televisão torna-se muito mais do que um simples eletrodoméstico, funcionando como instrumento formador de opinião pública (ou publicada, na expressão de Aury Lopes Jr.).

Todo esse poder, que poderia ser canalizado para despertar o senso crítico do povo, no entanto, cumpre uma função inversa, qual seja a de perpetuar essa cultura da punição aos que são cada vez mais penalizados. Nada se discute: apenas já se sabe o que pensar; como se comportar diante da manchete.

A falta de abordagem questionadora é uma grande deficiência das mídias. Por que há tanta defasagem na programação quanto à exibição de entrevistas com acadêmicos e documentários de cunho político? Até que ponto interessaria aos veículos de comunicação a abertura de suas pautas a um serviço comprometido com a nossa realidade social?

Nesse sentido há o que se chama “Paradoxo de Tostines” (termo usado por Lênio Streck), expressão baseada num antigo comercial de biscoitos. A mídia televisiva não transmite programas nos moldes narrados acima porque os tele-espectadores não se interessam ou não há interesse porque a televisão não os exhibe?

Como resultado dessa mentalidade retratada pelo paradoxo, Deise Krantz (2002, pg. 55) considera criar-se uma verdadeira crença popular no sentido da imprescindibilidade da punição, intensificando-se ainda mais o sentido negativo da reação social ao delito que desprivilegia cidadãos provenientes de determinadas classes sociais, ficando clara a desigualdade da interpretação criminológica apreciada nesse processo de criminalização secundária.

Sempre que ocorre uma onda de violência ou um crime particularmente cruel, aparecem políticos oportunistas pregando a pena de morte/de prisão/redução da maioria penal. Andou bem Nilo Batista (1990, pg. 18) ao trazer a ideia de que as autoridades parlamentares atuam somente em caráter circunstancial, aproveitando-se da violência e do medo latente em nossa sociedade. É a hipocrisia oficial propalada por

aqueles que se acham no direito de pregar uma ideologia de Lei e Ordem para punir, quando em momento anterior nada fizeram para melhorar o quadro sociopolítico que os envolve.

Os Estados Unidos, país que semeou no cenário internacional o combate aos delitos – notadamente com o advento da Lei Seca, em 1920 – tratam de política criminal da maneira mais convencional que se poderia apresentar.

Salo de Carvalho (1996, pg. 143) é do mesmo entendimento, quando faz uma contextualização da produção legislativa nacional emergente com a internacionalmente consagrada ideologia de repressão à violência e às drogas ilícitas:

Na utilização de expressões “repressão” e “combate”, a lei incorpora a noção de “guerra contra o crime”, em especial o organizado. Nos termos da Política Criminal repressiva e da ideologia que a estruturou, notamos de imediato uma profunda harmonização com os postulados e o alvo determinado pela Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). Fica ainda mais clara a intenção do legislador, no momento em que se percebe que a Política Criminal norte-americana, no final da década de oitenta e início dos anos 90, vincula-se essencialmente à problemática do tráfico ilícito de entorpecentes, contrabando de armas e criminalidade organizada. Não podemos olvidar que o desenvolvimento estratégico de combate às drogas deveu-se à elaboração do programa nacional de repressão ao crime organizado pela Comissão Presidencial sobre o Crime Organizado, ainda no governo de Ronald Reagan (1981-1989).

William Bratton, chefe da polícia municipal de Nova Iorque da administração de Rudolph Giuliani (1994-2002), em entrevistas e conferências lançava mão do seguinte discurso: “Aqui em Nova Iorque sabemos quem é inimigo”: os *squeegee men*, esses sem-teto que acoçam os motoristas nos sinais de trânsito para lhes propor lavar seu para-brisa por uns trocados (o Prefeito fez deles o símbolo amaldiçoado da decadência social e moral da cidade, e a imprensa popular os assimila abertamente à epidemia: *squeegee pests*), os pequenos passadores de droga, as prostitutas, os mendigos, os vagabundos e os pichadores. Em suma, o subproletariado que suja e ameaça. É nele que se centra propriamente a política de “tolerância zero” visando restabelecer a “qualidade de vida” dos nova-iorquinos que, ao contrário, sabem se comportar em público (WACQUANT, 2001, pg. 27).

Alessandro Baratta (2002, pg. 54) ensina que, além do que é estabelecido por políticas criminais, existem alguns princípios que influenciam nas interpretações, como o princípio do Bem e do Mal. Tal conceito diz que a infração de normas é considerada como dano social e o delinquente como elemento disfuncional e negativo. Assim, o

desvio criminal é o mal e a sociedade, juntamente com os fiéis cumpridores da lei, o bem.

A violência legitimada pelo Estado também é objeto de crítica pela doutrina colacionada, conforme E. Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2003, pg. 43-54):

Assim como a subversão habilitava o terrorismo de Estado, o delito habilitaria o crime de Estado. A subversão permitia que o Estado fosse terrorista e o delito permite que o Estado seja criminoso: em ambos os casos, a imagem ética do Estado sofre uma enorme degradação e, conseqüentemente, perde toda legitimidade.

[...]

Embora formulada inorganicamente, em vista do peso da comunicação social sobre as agências políticas e da competitividade de clientela das últimas, esta difusa perspectiva pré-ideológica constitui a base de um discurso vindicativo que se ergue como uma das mais graves ameaças ao Estado de Direito contemporâneo, e que pode conduzir a um Estado de Polícia sob a forma de *ditadura da segurança*. A imagem bélica do poder punitivo implica: a) desvalorizar as atitudes e discursos de respeito pela vida e pela dignidade humana; b) dificultar as tentativas de encontrar caminhos alternativos para solução de conflitos; c) apresentar os críticos do abuso de poder como coniventes ou aliados dos delinqüentes.

Ainda falando da institucionalização do meio sancionatório para o alcance da pacificação social, buscou-se guarida argumentativa nos órgãos governamentais responsáveis por estudo estatístico na área do direito penitenciário.

Entre 1995 e 2005 a população carcerária do Brasil saltou de pouco mais de 148 mil presos para 361.402, o que representou um crescimento de 143,91% em uma década. A taxa anual de crescimento oscilava entre 10 e 12%. Neste período, as informações ainda eram consolidadas de forma lenta, já que não havia um mecanismo padrão para consolidação dos dados, que eram recebidos via fax, ofício ou telefone. A partir de 2005, já com padrões de indicadores e informatização do processo de coleta de informações (período pós-InfoPen), a taxa de crescimento anual caiu para cerca de 5 a 7% ao ano. Entre dezembro de 2005 e dezembro de 2009, a população carcerária aumentou de 361.402 para 473.626, o que representou um crescimento, em quatro anos, de 31,05%. Apesar da redução da taxa anual de encarceramento, o Brasil ainda apresenta um déficit de vagas de 194.650. InfoPen. Desenvolvido pelo Ministério da Justiça. Apresenta dados estatísticos sobre segurança pública. Disponível em: **<<http://www.infopen.gov.br>>**. Acesso em: 15.11.2011.

As análises indicaram ainda que, nos últimos **21 anos** (entre 1990 e 2011), o Brasil teve um crescimento percentual de **472%** em sua população carcerária, tendo em vista que em 1990 o país possuía **90 mil presos**. Quer dizer que enquanto ela quase **sextuplicou (5,7x)**, a população nacional aumentou praticamente um terço. Ou seja, o aumento da população carcerária foi **4,4 vezes superior ao de toda a população brasileira no mesmo período**. Isso comprova, de forma inequívoca, que experimentamos nas duas últimas décadas, no Brasil, uma duríssima política de encarceramento. **Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-21/coluna-lfg-brasil-fechou-2011-514582-presos-aponta-depen>; Acesso em 22.09.2012.**

Tais dados são brilhantemente contrastados na doutrina de E. Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2003, pg. 75-79), onde se discute os fins e os meios do discurso penal:

A ideologia da segurança nacional esta transformação ideológica corresponde uma transferência de poder das agências militares para as policiais. Embora formulada inorganicamente, em vista do peso da comunicação social sobre as agências políticas e da competitividade de clientela das últimas, esta difusa perspectiva pré-ideológica constitui a base de um discurso vindicativo que se ergue como uma das mais graves ameaças ao estado de direito contemporâneo, e que pode conduzir a um estado de polícia sob a forma de *ditadura da segurança*.

É comum o reclamo da repressão para resolver problemas sociais e o temor de enfrentar qualquer retórica repressiva de efeitos proselitistas. Ganha corpo um discurso simplista que se reitera e cuja difusão é favorecida pela comunicação: a mensagem jornalística se assemelha à publicitária quanto à sua concisão, simplicidade, emotividade, impacto sobre a atenção, etc. Reduz-se o espaço de reflexão e, por conseguinte, os discursos que a exigem tornam-se desacreditados. **Deste modo a reiteração reforça a falsa imagem do sistema penal e do poder punitivo como meio eficaz para resolver os mais complexos problemas sociais, que a premência das respostas de efeito impede analisar com seriedade.**

Tal discurso encarcerador apenas oprime as camadas sociais marginalizadas, que perfazem a grande maioria da população carcerária no Brasil. O discurso punitivo que se quer legitimar, mundo a fora, trata-se, em verdade, de uma operação planetária de marketing ideológico (termo usado por Wacquant); um discurso falso, manipulador e que foge ao que acontece na realidade sociopolítica do país.

É flagrante o fracasso que se vislumbra no modelo adotado pelo nosso país. De acordo com o advogado gaúcho Aury Lopes Júnior (2006, pg. 16), basta questionar: com o advento da lei dos crimes hediondos (e posteriores), houve a diminuição da

prática dos delitos ali enumerados? A política de aumentar penas e endurecer o regime de cumprimento diminuiu as taxas de criminalidade urbana? Não. A função de prevenção geral supostamente exercida pela norma penal é uma falácia. Tanto é assim, que a cada dia ocorrem mais delitos de latrocínio, extorsão mediante sequestro e o tráfico de drogas ilícitas cresce a cada dia.

Trazendo o assunto para um contexto do nosso Estado de Santa Catarina, temos a Estratégia Nacional de Justiça de Segurança Pública (ENASP), que visa promover a articulação dos órgãos responsáveis pela segurança pública, reunir e coordenar as ações de combate à violência e traçar políticas nacionais na área. Lançada em fevereiro de 2010, a iniciativa é resultado de parceria entre os Conselhos Nacionais do Ministério Público (CNMP) e de Justiça (CNJ) e o Ministério da Justiça (MJ). **Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/metasp>; Acesso em 24.10.2012).**

Tal projeto foi apresentado ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina por meio de processo administrativo que solicitou a indicação de magistrados para participarem dos trabalhos e reuniões do grupo de ENASP, cujo principal objetivo reside em planejar e implementar, em âmbito nacional, a coordenação de ações e metas, para execução articulada de esforços dos órgãos de justiça e de segurança pública, do Poder Judiciário e Ministério Público.

No relatório da reunião preparatória para o 1º. encontro anual da ENASP, o Ministério da Justiça informou ser prioridade o combate à impunidade a partir da inserção de Policiais Civis na Força Nacional de Segurança Pública para apoiar as políticas públicas estaduais, inclusive na área da perícia.

A memória da reunião conta ainda com um estudo qualitativo dos inquéritos selecionados para a Meta 2 do CNJ, prevendo a seleção e utilização de indicadores qualitativos criminológicos no manuseio e finalização dos inquéritos da Meta, para que sejam colhidos elementos que possam ser utilizados tanto para o eventual desarquivamento de inquéritos, em surgindo novas provas, como para a identificação de padrões de atuação, georeferenciamento e dados criminológicos.

O Executivo e o Judiciário, lançando mão de programas como este, endossam a continuidade de um sistema que já se mostrou ineficiente; seguem utilizando as armas disponibilizadas dentro do sistema, sem procurar soluções alternativas para o problema da segurança pública no Brasil; reforçam uma política que, caso fosse a decisão mais

bem informada, teria contribuído para a diminuição do número de miseráveis, do número de mortes decorrentes do tráfico de drogas e dos acidentes automobilísticos decorrentes do abuso de álcool, que vitimam cada vez mais nas cidades do país.

O Estado formula essas políticas caríssimas, criando grupos e subgrupos (de Persecução Penal, de Sistemas de Informações Penais), distribuindo gratificações, bancando passagens aéreas, etc., para apenas “enxugar o gelo” que derrete de fontes ignoradas por parte do poder público.

2.2 A opinião pública: impunidade

No sentido de desconstrução do discurso penal, este trabalho lança mão de material pesquisado na internet contendo entrevista dada pelo ex Capitão do Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (BOPE), Rodrigo Pimentel, que compreende a atuação das forças públicas de segurança como paliativo e insuficiente a exercer a função estatal de fazer cumprir a lei e promover a ordem.

Rodrigo foi militar por mais de 10 anos, dedicando boa parte de sua carreira aos treinamentos rigorosos, estudos de táticas de incursão em favelas, aprimoramento de técnicas de tiro, etc., inerentes ao preparo de um soldado integrante daquele Batalhão. Trata-se de uma verdadeira máquina de guerra, considerada por muitos como a polícia mais eficiente do mundo.

Nas entrevistas o ex Capitão conta detalhes de sua rotina no BOPE, onde não raro havia mortes de colegas de profissão e de pessoas inocentes.

A violência é algo estúpido no Brasil. Mata-se e prende-se cada vez mais, e a dita missão de garantia da segurança pública jamais é cumprida. As prisões estão cada vez mais abarrotadas, os gastos cada vez maiores, as punições cada vez mais severas e não se chega a lugar algum.

Essas e outras histórias são contadas pela produção cinematográfica brasileira, através do *duo* Tropa de Elite (*Globo filmes. Zazen Produções. Direção: José Padilha. Rio de Janeiro, 2007; 2010*), que atenta também para a histeria promovida pela “mídia especializada” em sua forte atuação formadora de opinião.

Como mostrado no segundo filme, a mídia cultua as manifestações de violência em nossa sociedade, lançando mão da publicidade para manter seu tele-espectador entretido e, direta ou indiretamente, ajuda a manter o controle social, na medida em que se alia a frentes políticas interessadas.

A pesquisa de Ramos e Paiva (2007, pgs. 32 e 146) ilustra bem essa forma preocupante de atentar para aspectos da segurança pública:

É quadro recorrente governantes, gestores e *policy makers* não disporem na área da segurança de instrumentos de diagnóstico, monitoramento e avaliação das atividades empreendidas. Bases de dados e sistemas de informação são precários e a cultura prevalecente nas organizações não incorpora ainda as utilidades executivas da gestão do conhecimento. Consequentemente, não se define uma agenda de problemas prioritários, terminando por gerar estratégias e atividades de cunho puramente reativo e sem resultados.

Salvo exceções – elas existem e são importantes – a regra é uma deficiência reforçando outra. Pessoas que entendem pouco do que estão falando orientam-se por profissionais que entendem menos ainda do que estão tratando. O resultado é desinformação e ausência de uma perspectiva mais analítica que leve à compreensão da violência a partir de um quadro de referência mais amplo. (RAMOS; PAIVA, 2007, pg. 32; 146)

Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2003, pg. 54) corroboram dessa teoria que confere uma grande carga de responsabilidade às instituições políticas, difundida com base num discurso que acaba por nos conduzir a um Estado policalesco e cerceador de direitos do cidadão. Cria-se uma espécie de ditadura da repressão, uma imagem bélica do poder punitivo, que se alimenta da violência e do acreditar numa solução militarizada para os problemas sociais.

Nesse sentido, interessante o artigo do professor Nilo Batista, que retrata a naturalidade com que o Estado brasileiro percebe uma realidade cruel e legitimada cada vez mais a ser violenta:

Certas funções policiais são brutalizantes e produzem efeitos deteriorantes sobre aqueles que as realizam. Trata-se do fenômeno denominado “policização”, que pode acontecer também com outros operadores do sistema penal, carcereiros, advogados, promotores de Justiça e magistrados. Quem não conhece a policização passará o resto da vida reclamando do pouco rigor na admissão e adestramento dos policiais, quando o problema não está na seleção e sim na prática. (BATISTA, Nilo. *Ainda há tempo de salvar as Forças Armadas da cilada da militarização da segurança pública* (artigo). Disponível em <<http://cleciolemos.blogspot.com/2011/10/nilo-batista-novo-artigo.html>>. Acesso em: 14.11.2011.

O professor José Murilo de Carvalho (1999, pg. 213) também discorre acerca desse aparelhamento militar implementado por políticas de segurança pública, atentando para a gravidade de medidas violentas e violadoras de direitos humanos. Segundo o autor, tal organização militarizada tem-se revelado inadequada para garantir a segurança dos cidadãos, pois a referida estratégia de controle social vem de bases especificamente utilizadas quando de um contexto de verdadeira guerra civil: seus soldados são aquartelados, logo, não estão nas ruas para conhecer as carências da comunidade que os cerca; respondem a seus superiores hierárquicos e, assim, não se veem como garantidores dos direitos das pessoas extramuros.

Em nosso país, entretanto, o costume de ver sempre policiais armados nas ruas já se consolidou há muitos anos. Mesmo a Polícia Civil, que não tem treinamento militarizado, vem se mostrando incapaz de agir dentro do que se esperaria de uma atuação policial eficiente.

Analisando tal cultura incrustada na vida do brasileiro, Nilo Batista (2005, pg. 25) faz críticas a respeito da realidade em que os institutos são aplicados em nosso país, vislumbrando-se com perplexidade a inutilidade da política criminal contada em prosa e verso pelo poder público e seus “comensais”:

O jurista não pode deixar de formular algumas indagações, a saber: existirá de fato uma guerra de todos contra todos, ou, pelo contrário, uma guerra de *alguns* contra *outros*? Que guerra é essa? Por que alguns desejam guerrear contra outros? Se o direito não cai do céu, mas é elaborado por homens, qual a posição dos homens que o editam nessa guerra? Só o direito penal evita que se prorrompa tal guerra? Não prorromperá ela apesar do direito penal? Evitada a guerra, quem ganha e quem perde com essa “paz” que o direito penal assegurou? Essas e outras perguntas poderão aproximar-nos, até sem que o percebamos, de certas chaves centrais no afazer jurídico: jusnaturalismo e positivismo jurídico, interpretação da lei, fins da pena, política criminal, etc.

Seguimos aqui no Brasil a “onda” proveniente dos países desenvolvidos que, fazendo planejamentos para o combate à criminalidade, instituem legislação repressivista e recomendam a implementação de diretrizes semelhantes aos países do outrora chamado Terceiro Mundo, principalmente no combate às drogas.

Para Salo de Carvalho (1996, pg. 281), o primeiro passo legislativo para o cumprimento das tratativas internacionais foi a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e, posteriormente, a Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95). Ambas fazem parte da crescente onda de criminalização de condutas e da repressão própria

no tratamento processual e penalógico das drogas. Percebe-se que com essas leis que o Brasil entra de cabeça na doutrina normatizadora de comportamentos julgados lá fora como perniciosos ao convívio social, trazendo para o nosso país a mesma ideologia repressivista que ao estrangeiro já serviu de manobra política para a hegemonia do poder político internacional.

O Capítulo III do Código Penal trata da aplicação da pena como dispositivo próprio a legitimar o que seria uma medida estatal democrática e legítima a proporcionar segurança e prevenir práticas criminosas.

Para a fixação da pena, o artigo 59 dispõe:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à **personalidade do agente**, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente** para reprovação e prevenção do crime: [...]

Fazendo-se uma análise mais detida do artigo, chega-se à conclusão de que o entendimento de um Direito Penal como aplicador de sanções baseadas na conduta social e na personalidade do agente tende a criminalizar sempre os extratos populares marginalizados, onde a desigualdade social se faz mais presente.

Vera Andrade (1997, pg. 301) atenta para o fato de que a criminalização secundária é levada a efeito levando-se em consideração a pessoa que praticou o ato ilícito, mesmo que a lei vede; percebemos aqui, então, uma aplicação viciada da legislação penal, dando conta de que o comando se destina a certas pessoas que, reincidentes e portadores de uma personalidade voltada para a criminalidade, cria os chamado estereótipos criminais.

Essa é uma leitura do Direito Penal do autor, teoria pensada pela chamada Escola Positiva, que colocava o criminoso no centro da análise criminológica. Sobre ele recai toda a carga de periculosidade, ameaça e hostilidade praticada contra os cidadãos de bem.

A ideia apresentada por essa Escola, não podemos negar, ainda é muito forte hoje, como dito nos parágrafos anteriores. Não raro são encontradas as expressões trazidas aqui para justificar prisões e fundamentar sentenças penais condenatórias, o que demonstra a ativa presença do paradigma da Defesa Social no contexto da violência em nosso país.

Os antecedentes criminais e a reincidência são conceitos importantes no Direito Penal brasileiro, na medida em que servem para “afundar” ainda mais o indiciado.

O Procurador de Justiça Francisco Bissoli Filho (2003, pg. 169) manifesta sua opinião a respeito desses conceitos:

O reincidente e o indivíduo que registra antecedentes criminais, face aos efeitos do processo de criminalização, são mais facilmente empurrados em direção a outras práticas criminais. A condenação anterior ou o fato de ter sofrido uma investigação ou processo criminal fá-lo diferente dos demais seres humanos, ou seja, detentor de condições sociais adversas, determinantes de anormal motivação da vontade. Além disso, em razão da estigmatização produzida pelo processo de criminalização, é submetido a um processo “violento” de exclusão da sociedade, mediante a diminuição das condições de subsistência e do atendimento de suas necessidades reais, levando-o a uma alternativa única, ou seja, reagir de forma também violenta, através da prática do crime. O crime, portanto, seria a resposta normal exigível para a situação anormal em que se encontra.

Segundo o autor catarinense (2003, pg. 185), as etiquetas podem perpetuar o comportamento. Um princípio básico do nosso sistema penal é que o castigo reprime o desvio e reabilita o desviado. Ocorre que o castigo apenas serve para provar que as funções negativas da pena estão sendo exercidas, sem que se traga qualquer benefício dela decorrente. Pior: o prejuízo auferido com a suposta eficácia da criminalização secundária pode ir mais fundo, pois o sistema compra a briga e parte para a violência recíproca aos criminosos; abre-se uma porta, assim, para a perpetuação dos tipos penais combatidos.

Segundo Salo de Carvalho, a principal função do estereótipo é transformar o delinquente estereotipado em bode expiatório da sociedade, ao qual dirige-se toda a carga agressiva do sistema social.

O encarceramento, como pretensa forma de prevenção especial, não é a melhor estratégia para tentar reduzir os números da criminalidade. Prova disso foi o mutirão carcerário realizado no ano de 2011 pelo CNJ nos presídios de todo o Brasil.

O Relatório apresentado ao final do projeto diz que o nosso Estado de Santa Catarina, particularmente considerado pelo CNJ como uma unidade da federação cujo sistema carcerário é marcado pelo descontrole, inspira cuidados especiais.

O Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ, Celso Losekann, manifesta sua preocupação com a situação da administração da justiça prisional em Santa Catarina:

A análise dos processos da população carcerária catarinense mostrou que uma em cada dez pessoas presas deveria estar livre no Estado. O descontrole sobre o cumprimento das penas aliado à inexistência de Defensoria Pública em Santa Catarina faz com que detentos fiquem jogados à própria sorte e detidos por tempo superior ao imposto pela Justiça, com benefícios vencidos há mais de um ano, como em alguns casos. Ao todo foram 1.082 detentos liberados durante a força-tarefa, entre os meses de junho e julho de 2011. Havia, inclusive, um detento que já havia cumprido sua pena desde 2007, permanecendo preso ilegalmente por mais de três anos.

A coordenadora do Mutirão, Juíza Soraya Brasileiro Teixeira, também fez apontamentos a respeito da realidade carcerária catarinense:

Escassez de água potável, alimentação precária, denúncias de tortura física e psicológica e falta de assistência à saúde estão entre os problemas relatados pelos presos durante as inspeções feitas pelo CNJ em unidades prisionais administradas pelo Departamento de Administração Penitenciária do Estado. Constata-se que o sistema prisional catarinense, em alguns casos, dá sinais de esgotamento.

Segundo o relatório conclusivo do Mutirão, a falta de segurança em algumas unidades foi outro ponto que causou preocupação. Durante a realização do projeto, 78 detentos escaparam da Casa de Triagem do Complexo Penitenciário da Trindade, em Florianópolis. A fuga ocorreu no horário de visita íntima, quando apenas dois agentes penitenciários cuidavam de cerca de 200 presos, além dos visitantes que estavam no local.

As lições trazidas ao projeto também fazem um balanço sobre a extrapolação das ferramentas estatais no intuito de institucionalizar a militarização como se prevenção aos delitos fosse, estabelecendo a repressão como combate aos mesmos.

É certo que, diante das falhas experimentadas do sistema penal, alguns grupos também reivindicam um reforço do enfoque punitivo. Mas, será que não o fazem exatamente por estarem, em parte, dominados pelo discurso que a própria instituição penal dissemina na sociedade?

Sobre o senso crítico adormecido, discorre Louk Hulsman (1993, pg. 115):

Trata-se de uma instituição que cria e reproduz a ideia – aliás, totalmente falsa – de que pode dar às vítimas a ajuda e a proteção que elas, com razão, reclamam. A confiança das pessoas no discurso oficial leva a que efetivamente reivindiquem um aumento da intervenção do sistema penal. Elas não têm condições de desenvolver por si mesmas uma visão de conjunto que permita um discurso alternativo, com um enfoque diferente. (HULSMAN, 1993, pg. 115).

Capítulo 3 – Reinterpretação do Direito Penal

Encarar o Direito Penal com senso crítico é fundamental para entender que sua finalidade proposta não reflete na sua real atuação. As condições de criminalização fogem ao seu roteiro programado, causando dor e sofrimento aos envolvidos direta e indiretamente por conta da aplicação do sistema.

O discurso pela proteção de bens jurídicos é mera teoria produzida no mais alto andar da torre de marfim da colina mais distante, avessa aos problemas sociais e atenta somente aos efeitos e às manifestações de violência mais aparentes do nosso cotidiano.

3.1 Intervenção mínima: legitimação do erro

A doutrina de Luiz Regis Prado diz que uma das principais funções do bem jurídico é a de garantir ou de limitar o direito de punir do Estado. Ocorre que uma limitação desse *jus puniendi* continua a legitimar o tratamento de uma conduta violenta com uma resposta igualmente violenta.

O nosso código penal até traz reflexões e enunciados progressistas na sua exposição de motivos, mas suas ideias continuam depositando no direito penal a solução para a pacificação de conflitos; não há interesse, assim, num discurso que quer legitimar práticas vazias na busca por uma reinterpretação do Direito Penal.

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar à pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade. (BRASIL. *Código Penal: Exposição de motivos da nova parte geral do código penal (Lei n. 7.209, de 11-7-1984)*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1983.

Aury Lopes Júnior (2006, pg. 216) faz apontamentos históricos acerca da origem do conceito punitivo no mundo: ideologias capazes de tudo na busca da legitimidade de um aparato estatal fundado em bases autoritárias. Segue:

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois trata-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despidido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha da década de 30, período em que o nazi-facismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

Zaffaroni (1991, pg. 44) vai na etimologia da palavra para buscar um sentido útil da medida cerceadora da liberdade. O próprio nome “pena” indica um sofrimento. Trata-se claramente de uma consequência inerente à decisão condenatória do Magistrado que, dentre todos os ramos do Direito, houvera por bem dar a decisão definitiva nesse sentido. A contrariedade no âmbito jurídico está sempre presente, mas em nenhuma outra área ela se fez tão flagrantemente presente quando na Penal; contraditoriamente, no entanto, é nesse ramo do Direito que se vislumbra a sanção mais discutível, de cujos elementos justificadores mais se têm dúvida quanto a sua origem e sua eficácia. A pena pode ser colocada como medida puramente passional, eis que sua finalidade racional proposta ainda hoje carece ser provada empiricamente.

De acordo com Vera Andrade (1997, pg. 269), a multiplicidade de variáveis extraleais tem recebido uma recondução unitária e uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade que cada vez mais se distancia da proposta científica que outrora buscou consolidar, quando visava garantir a proteção contra a arbitrariedade dos Imperadores soberanos.

A professora gaúcha segue sua doutrina fazendo uma crítica sociopolítica ao pressuposto da fragmentariedade no Direito Penal (1997, pg. 279):

O chamado “caráter fragmentário” do Direito Penal que os juristas geralmente justificam como um dado da natureza das coisas ou pela pretensa relevância penal e idoneidade técnica de certas matérias em detrimento de outras, se revela como uma lei de tendência. Pois tais justificações constituem uma ideologia que encobre o fato de que o Direito Penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à exigência da acumulação capitalista e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas.

O artigo 59 também fala da necessária e suficiente aplicação da pena para prevenir crimes. Ocorre que todas as energias despendidas até hoje para este fim foram “pelo ralo” dos dados estatísticos já trazidos nos parágrafos anteriores deste trabalho. Toda e qualquer aplicação de pena jamais será suficiente e, portanto,

adequada, a promover a prevenção e a diminuição da criminalidade, como é do senso comum da cultura brasileira.

O princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma. Régis Prado (2003, pg. 68) defende que a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo é algo extremamente delicado e, por isso mesmo, deve ser tratado com seriedade pelo ordenamento jurídico pátrio. Há que se traçar uma política limitadora do *jus puniendi*, mantendo-se as bases sólidas de um Estado Democrático de Direito que aplica o Direito Penal nos moldes constitucionalmente previstos.

É difundido o conceito de que o Direito Penal nasceu para ser a *ultima ratio*, mas ele caiu tanto no cotidiano dos delitos e da sua aclamada punição que hoje não se faz mais nada além de pedir pela atuação do Código Penal. Como dito nos parágrafos anteriores, a aplicação da legislação repressora a institui como solução para a pacificação dos conflitos sociais, principalmente quando aplicadas sobre a camada mais marginalizada da sociedade.

Prado ainda segue na sua ideologia de assegurar a penalização apenas naqueles casos em que haja a criação de um risco não permitido (2003, pg. 69):

O postulado da fragmentariedade prescreve que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O bem jurídico é defendido penalmente só perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente intoleráveis. Isso explica que apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais podem ser criminalizadas. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.

De outra monta, Vera Andrade (1997, pg. 278) professa sua manifestação crítica à doutrina dominante em nosso país, propondo uma reflexão de bases socioeconômicas e voltada para o combate a desigualdades:

O processo de criação de leis penais (criminalização primária) que define os bens jurídicos protegidos, as condutas tipificadas como crime e a qualidade e quantidade da pena (que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos), obedece a uma primeira lógica da desigualdade que, mistificada pelo chamado “caráter fragmentário” do Direito Penal pré-seleciona, até certo ponto, os indivíduos criminalizáveis.

O princípio da intervenção mínima não serve para a função do controle social penal massivo, e a cultura penal em nosso país é facilmente visualizada no sentido de que trata de minar os campos por onde se movimentam os excluídos, para que cada passo mais afoito exploda-lhes um delito aos pés (BATISTA, 1998, pg. 126).

Essa visão emparelha-se com a ideia novamente trazida por Zaffaroni (2001, pg. 83), que traz o conceito de funcionalidade burocrática da agência judicial. Segundo ele, trata-se de reação do órgão judiciário, fundamentada no fato de que a legitimidade geral do sistema penal não é problema de sua incumbência, reduzida unicamente à solução dos casos concretos conforme as pautas legais que regem o fato particular a resolver.

Em todos os períodos históricos e em todos os espaços geográficos, observa-se que a sanção penal não cumpre a sua proposta de controle das condutas, e que cria uma falsa política que, na realidade, promove o desgaste humano, o ódio e o aumento das desigualdades sociais. É da doutrina de Zaffaroni e Batista (2003, pg. 71):

Pretender conservar um poder exercido mediante um discurso falso, quando se sabe que este legitima – e sustenta – um poder diverso exercido por outros, que custa vidas humanas, que degrada um grande número de pessoas (tanto aquelas que o sofrem quanto as que o exercem) e que se trata de uma constante ameaça aos âmbitos sociais de autorrealização, é, a todas as luzes, eticamente reprovável. A observação de que, apesar desses efeitos, seu exercício seria normatizador e gerador de consenso – em que o negativo se tornaria positivo, diante de sua funcionalidade para o sistema – implica colocar o interesse em produzir normalidade à custa de falsidades acima do valor da pessoa, bem como aceitar a mediatização da mesma, com o que se confessa a falha ou o salto ético.

O principal expediente é proclamar, na lei e nas teorias jurídicas, que as pessoas são punidas pelo que fazem e não pelo que são, ainda que baste visitar uma penitenciária para convencer-se do contrário. (BATISTA, 2002, pg. 169).

O professor Nilo Batista, em outra lição, lança pesadas críticas às consequências imediatas da opção pela estratégia penalista de gestão da violência, relacionando-as com as mazelas da economia nacional (1990, pg. 169):

Não existe solução policial para a grave questão da violência urbana, ainda que toquem à instituição policial importantes funções. Um governo que aposte na solução policial está apenas honrando seus compromissos com as elites conservadoras e com um sistema econômico iníquo, o qual – a exemplo da quadrilha – subjuga e se aproveita das populações marginalizadas, seu “exército de reserva” regulador do menor salário mínimo do mundo. Quando isso ocorre, podemos dizer que a quadrilha está no poder.

3.2 As penas perdidas: desconstrução o discurso

O senso comum criminológico aponta para a continuação de políticas de segurança pública voltadas para o encarceramento. Tanto é que as prisões Brasil afora se encontram abarrotadas e desorganizadas, não havendo nenhuma solução aparente para dar conta do projeto de justiça criminal adotado no país.

O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o “dever ser”, o sistema penal intervém repressivamente de modo “natural” (ou mecânico). O que se verifica empiricamente, no entanto, é que o Estado encontra-se insuficientemente aparelhado para promover o papel que se propõe a desempenhar, considerado o discurso da proteção de bens jurídicos (ZAFFARONI, 1991, pg. 26).

Os objetivos traçados pelo Estado não fazem com que, instantaneamente, matéria prima humana ou material surja para satisfazer as necessidades do modelo penal oficial. Vislumbra-se uma realidade triste e contraproducente que, apesar de punir muito, ainda acredita que o principal motivo para o crescimento da criminalidade é a impunidade.

Nilo Batista comenta em seu artigo que a impunidade passou a fazer parte da ordem do dia quando se discute eficiência penal (1990, pg. 39):

Quando alguém fala que o Brasil é “o país da impunidade”, contudo, está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam rápido emprego e desfrutam do salário mínimo (punidos *ou* mal pagos). Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário, porque a polícia prende e arrebenta (punidos e mal pagos).

O autor argentino citado no início deste item critica a adoção da estratégia de encarceramento como forma de obtenção da pacificação social (1991, pg. 27). Segundo ele, situações emergenciais acabam por gerar atitudes covardes, levadas a efeito a partir de mecanismos negadores próprios a ensejar uma segurança de resposta encontrada em região confortável da doutrina; trata-se, assim, de lançar mão de uma delimitação discursiva arbitrária que evita confrontar a situação de crise que se apresenta. Nesse contexto, não se pode deixar de retratar a realidade vivida por aqueles que foram apenados mediante uma política segregadora, injusta e que se

manifesta carente de racionalidade, eis que suas penas são plasmadas em dor sem sentido.

Zaffaroni segue com sua lição a respeito do caráter pernicioso da cominação de penas como retribuição lícita a um mal ilícito (1991, pg. 82):

Os seguidores do retribucionismo, em versão preferencialmente metafísica, procuram ignorar a deslegitimação do sistema penal e a crise do discurso jurídico-penal por temor ao “reducionismo sociológico” e a um suposto aniquilamento do direito penal de garantias (o efeito perverso do discurso jurídico-penal, já referido). Esses temores também são produtos parciais das consequências do funcionalismo sistêmico e não chegam a justificar a atitude de fuga negadora, que não enfrenta a situação crítica e que, na emergência, deixa o discurso penal de garantias realmente indefeso, pois implica uma falta de resposta real diante do avanço repressivo provocado por uma cascata de leis punitivas com que os órgãos políticos respondem ao bombardeio dos meios de comunicação de massa e à crescente incapacidade para dar soluções reais aos conflitos sociais.

Essa hipertrofia do aparato penal manifesta-se com autoridade dentro de um contexto social complexo, onde as leis proibitivas preveem condutas selecionadas e atuam em caráter simbólico.

Investimentos no Judiciário, na segurança pública e no sistema penitenciário não faltaram no Brasil (como demonstrado no Capítulo anterior) e mesmo assim a violência não parou de crescer; estamos gastando muito dinheiro com os efeitos e não estamos prestando atenção nas causas. Estamos, metaforicamente falando, enxugando gelo com toalha quente.

A ideia de que quanto mais estruturado estiver o presídio e de quanto mais aparelhado estiver o Poder Judiciário, melhor, cai por terra quando da observação dos dados estatísticos apresentados e da violência urbana, além da sensação de insegurança assumida pela população em geral. Tampouco o aumento do efetivo policial nas ruas promove os fins perseguidos pelo Direito Penal, que se orgulha em respeitar o princípio da igualdade na aplicação de suas leis.

O Procurador de Justiça Lenio Luiz Streck escreve em sua coluna semanal na internet críticas ao Direito Penal, como forma de estimular uma reflexão na sociedade. Em seus comentários publicados na semana do dia 8 de novembro de 2012, Lenio assume uma dura postura frente à ideologia por trás da cultura penal, que reproduz a violência e trata de aumentar as desigualdades sociais. Narra o autor gaúcho: Anatole France, com sua ácida crítica, cunhou um “aforisma” genial: *“A Lei, em sua magnífica “igualdade”, proíbe ao rico e ao pobre dormir debaixo de pontes, assim como mendigar*

pelas ruas e furtar pão”. A diferença é que, desde logo, sabemos quem não será jamais “prego pelas malhas dessa lei”. Por mais igualdade que exista na lei, alguns não serão apanhados... pela simples razão que a eles não se destina. **Disponível em:** <http://www.conjur.com.br/2012-nov-08/senso-incomum-assim-prisao-quem>.

Em outro momento de sua crônica jurídica, o Procurador faz menção a um Editorial da Folha de São Paulo onde se vislumbra um discurso legitimador e reproduzidor daquela ideologia segundo a qual o encarceramento é medida que se limita a crimes praticados com violência direta ou grave ameaça.

Os crimes são cometidos mediante violência ou fraude. No primeiro caso, só resta à sociedade prender os infratores – são perigosos demais para continuar à solta.

[...]

Delinquentes violentos devem ser submetidos a longuíssima privação de liberdade, e a progressão dessas penas deveria ser até mais difícil do que é.

Quanto aos outros, não faltam medidas duras à disposição do juiz: impedimento duradouro de exercer cargo público ou determinada profissão, restituição dos valores subtraídos e prestação de serviços à comunidade.

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/1174732-editorial-para-quem-precisa.shtml>

Lenio considera tal abordagem como um *neolabelling approach*, na medida em que o argumento defendido pelo periódico paulista afasta ainda mais o diálogo entre o real e o ideário jurídico, contribuindo para a construção de um mecanismo penalizador que só aumenta as desigualdades sociais.

Pergunto de novo: O que há de novo? O que há de novo é que, agora, não é mais o Direito Penal que é feito para pobres etc. Com o discurso da Folha e o brado contra a prisão, ou melhor, o brado de “cadeia-só-para-quem-precisa”, tem-se que surgiu um novo conceito sociológico: “As pessoas que precisam ser presas.” Ah, esqueci: Se há o conceito das pessoas que precisam ser presas, há também as pessoas que “não precisam ser presas” jamais, desde que não cometam... crimes violentos. Não esqueçamos como é fantástico o Brasil: recentemente aprovamos uma lei pela qual “o primeiro tráfico recebe um desconto de 2/3 da pena.” Claro, o tráfico, segundo parte da *intelligentia* brasileira, não se enquadra como crime violento... Será mesmo?

Ora, na medida em que um *White Collar Man* jamais assaltará um banco ou outra atitude “violenta” contra o patrimônio, tem-se que, desde logo, estas pessoas estão marcadas com uma espécie de *neolabelling approach terrae brasiliensis*. Sempre estamos a dar lições ao mundo... Antes, o *label* era a marca da choldra, da ratatulha; agora há o *label* que “marca” a gente do estamento. São brasileiros diferentes. São aqueles que, desde já, sabem que, desde-que-não-usem-de-violência-física, nunca irão para a prisão. Viva a República dos-que-sabem-que-nunca-

irão-para-a-prisão! Vantagem: como cadeia é mesmo só para a patuleia, já aí tem-se um bom motivo para não reformar o sistema prisional. Deixemo-lo assim. Os pobres já estão acostumados mesmo... Que beleza, não?

O *caput* do art. 5º da CRFB consolida a igualdade de todos perante a lei. Ocorre que, diante de todo o texto que se apresenta neste trabalho, podemos afirmar com segurança que, no âmbito do Direito Penal, o dispositivo constitucional supracitado não passa de um mito.

Vera Andrade destaca pontos específicos desse fracassado projeto:

- a) O Direito Penal não defende todos, mas somente os bens essenciais nos quais todos os cidadãos estão igualmente interessados, e quando castiga as ofensas aos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo parcial (“fragmentário”);
- b) A lei penal não é igual para todos. O *status* de criminal é desigualmente distribuído entre os indivíduos;
- c) O grau efetivo de tutela e da distribuição do *status* de criminal é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, pois estas não constituem as principais variáveis da reação criminalizadora e de sua intensidade.

Trata-se, na realidade, de um mecanismo de controle social e de gestão penal da pobreza (“limpeza étnica”). Tanto é que a ideia que se tem de um criminoso não é outra senão a de um homem violento, sedento do patrimônio alheio e/ou envolvido com o tráfico de entorpecentes; tal perfil, facilmente enquadrado na ideologia da Escola Positiva, demonstra a estratégia redutora da questão social a discussões meramente técnicas no âmbito penal.

Vera segue com seus ensinamentos, baseada em senso crítico criminológico (1997, pg. 313):

Enquanto sua eficácia instrumental tem sido excessivamente inversa à declarada, sua eficácia garantidora tem sido simbólica, devido à aptidão do código, ideológico do discurso dogmático de (re)produzir um certo número de representações; ou seja, para confirmar a instrumentalidade declarada subproduzida, ocultando a instrumentalidade sobreproduzida. Pois concorre, de maneira não desprezível, para socializar a crença e produzir um consenso (real ou aparente) em torno a uma imagem ideal e mistificadora do funcionamento do sistema “dentro” da legalidade e da igualdade jurídica, ao mesmo tempo em que oculta sua real funcionalidade.

A professora ainda atenta para o fato de que os resultados buscados pelo Direito Penal nunca foram verificados empiricamente dentro do nosso sistema. A função de pacificação social é um grande fracasso, vindo a servir apenas de mecanismo de controle social e de criminalização da pobreza. Ademais, o discurso professado pela doutrina dominante só produziu mais violência, reincidência e outras decepções. Num sentido mais profundo, a crítica indica que a prisão não pode “reduzir” precisamente porque sua função real é “fabricar” a criminalidade e condicionar a reincidência (ANDRADE, 1997, pg. 291).

Assim, não obstante a falsificação empírica dos princípios liberais e das teorias da prevenção geral negativa (intimidação) e da prevenção especial positiva (ressocialização) no moderno Estado de Direito, o poder punitivo segue encontrando guarida no princípio da reserva legal e no discurso de utilidade instrumental as bases ideológicas de sua autolegitimação, pois a ressocialização continua a ser um objetivo a ser alcançado, dentro de um discurso de prevenção especial positiva (ANDRADE, 1997, pg. 295).

Zaffaroni é a favor de um despertar compromissado com o enfrentamento dos problemas que são acobertados pelo discurso penal (1991, pg. 83).

Respostas reais, contudo, são as que reconhecem e enfrentam as críticas deslegitimantes, dando lugar a uma gama discursiva que vai da busca de uma relegitimação do sistema penal com um discurso penal novo ou aparentemente novo à negação radical de qualquer relegitimação e de todas as tentativas discursivas neste sentido, sejam elas quais forem. O panorama teórico central oscila entre estes dois extremos quando realmente pretende enfrentar argumentos deslegitimantes.

A doutrina tradicional reconhece e considera ilegítima uma sanção penal que direta ou indiretamente provoque maiores danos do que aqueles que pretende evitar (**Princípio do interesse preponderante**). Contudo, o princípio teve sua origem esquecida dentro de uma escura gaveta, pois não se coloca mais na balança o contraste gerado pela subsunção do fato à norma (consequência técnica e lógica da realização de um tipo penal incriminador) e a desgraça já existente em nosso país, pelo fato de nos encontrarmos num dos países campeões em desigualdade social e em números vergonhosos na educação (PRADO, 2003, pg. 101).

O Procurador gaúcho encerra dizendo que não tem nenhuma ilusão com o Direito Penal, pois sua existência não garante a resolução dos problemas. Na verdade, a raiz do problema residiria na sua própria existência. Para Lenio, a cominação de pena enquanto prevenção geral não contribui para a ressocialização do condenado. O que

resta é a hipocrisia de se continuar encarcerando as classes marginalizadas da sociedade (a quem Lenio chama “patuleia”) acreditando estar fazendo um bem para a humanidade. Reforça-se aqui a ideia de que a história das penas no Brasil é contada a partir de circunstâncias emergenciais, de sentimentos mesquinhos e egoístas, irresponsáveis (socialmente falando) e totalmente descompromissadas com um projeto de nação agregador e solidário.

Para o autor alemão Louk Hulsman (1993, pg. 49), a justificativa para a idealização do abolicionismo está na ineficácia do Direito Penal para a resolução dos conflitos e na avaliação de que o sistema penal é um problema em si mesmo, pois é injusto, voltando-se prioritariamente contra os socialmente desamparados, sendo ineficaz na resolução dos conflitos e inútil como elemento de prevenção.

As Ciências Sociais evidenciam que, para além das intervenções contingentes, há uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal nas sociedades capitalistas que, dizendo-se promotora da pacificação das relações sociais, implica a violação de direitos humanos. Não ocorre uma simples violação da proposta, mas uma frustração em sentido mais profundo, pois o problema evolui para um estágio inaceitável, de mera atuação simbólica de seus institutos, que acaba gerando o que Vera Andrade (1997, pg. 297) chama de uma “eficácia instrumental invertida”. Tal expediente nos leva a crer numa necessária reinterpretação do que se tem atualmente como instrumento de controle social, pois essa ideologia mostra-se potencialmente contraditória e, para piorar, encontra-se legitimada na base do próprio sistema, o que é extremamente discutível e perigoso.

3.3. Cultura de paz

O princípio do interesse preponderante mostrou-se mera teoria “para inglês ver”. Embora colocada de maneira a tornar a aplicação de penas um exercício mais humano e mais legítimo, a pretensa ciência penal hipertrofiou-se e abriu margem para arbitrariedades, desviando, e muito, de sua finalidade primordial.

A história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história dos delitos, de acordo com Luigi Ferrajoli (2006, pg. 310). Segundo o pioneiro da teoria do garantismo penal, enquanto a criminalidade pode decorrer de uma série de fatores socioeconômicos (tais como a desigualdade social e a falta de fraternidade nas relações humanas) por vezes alheios ou pelo menos concorrentes em relação à vontade do apenado, a violência infligida pela pena é

sempre programada, consciente, organizada por um Estado que veste sua capa de legitimidade. Frente ao paradigma da defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior à soma de todos os delitos (FERRAJOLI, 2006, pg. 310).

As políticas adotadas pelo Estado podem ser melhores estudadas fazendo-se uma leitura de Alessandro Baratta (2002, pg. 187), onde se definem institutos e se estabelecem objetivos claros na política de segurança pública.

Impõe-se, assim, a necessária distinção programática entre *política penal* e *política criminal*, entendendo-se a primeira como uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Uma política criminal alternativa é a que se escolhe decididamente esta segunda estratégia, extraíndo todas as consequências da consciência, cada vez mais clara, dos limites do instrumento penal. Entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado. Por isso, uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de “substitutivos penais”, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas.

O autor italiano ensina que, além do que é estabelecido por políticas criminais, existem alguns princípios que influenciam nas interpretações, como o princípio do Bem e do Mal. Tal conceito diz que a infração de normas é considerada como dano social e o delinquente como elemento disfuncional e negativo. Assim, o desvio criminal é o mal e a sociedade, juntamente com os fiéis cumpridores da lei, o bem (BARATTA, 2002, pg. 54).

Ao lado da desconstrução de princípios do direito penal material - como o da fragmentaridade e da lesividade - a doutrina ainda busca retratar de forma realista as políticas públicas e do sistema penal como um todo, como neste fragmento da doutrina de Zaffaroni e Batista (2003, pg. 64):

Todo o exposto não passa de uma simplificação exemplificativa da enorme complexidade das contradições de qualquer sistema penal e das relações que pretende organizar. A isto devem ser acrescentados

outros elementos que se tornam imponderáveis: o quadro político e econômico concreto em cada um de seus momentos; o cansaço público provocado pelo excesso de informação não-processada; a propaganda desleal (a opinião “técnica” de improvisados “peritos”); a reiteração de falsidades que adquirem *status* dogmático; a manipulação dos medos e a indução do pânico, etc.

Muitas são as vezes em que acompanhamos os jornais trazerem notícias de jovens moradores de favelas, com baixa escolaridade, mortos em confronto armado com a polícia; policiais mortos em confronto armado com bandidos, cada vez mais bem equipados. Muitas são as vezes em que as famílias – de ambos os lados – sofrem a perda de seus filhos, pais, irmãos.

Depois que esses tristes acontecimentos vêm à tona, são organizadas passeatas pela paz, com a mobilização de toda a comunidade. Apenas depois do sangue derramado é que as pessoas se sensibilizam e percebem que a violência presenciada talvez não fosse necessária; apenas depois das prisões e das mortes é que se manifestam vozes pedindo que o tempo volte atrás. As lágrimas revelam a desesperança e a profunda tristeza que invade o mundo dos que sofrem a perda de seus entes queridos.

O clamor popular pela paz no Brasil tem caráter circunstancial. Depois de tiroteios na favela, de chacinas ou de ocupação da força policial nas comunidades tomadas pela violência é que a solidariedade se manifesta e sugestões são dadas.

Como se vê, é difícil imaginar que possa, nesse contexto, nascer alguma solução para o grave problema penitenciário, sempre enfocado (equivocadamente) como uma questão puramente jurídica. Cuida-se de uma séria questão política (de Estado, de civilização dos costumes, de evolução da espécie humana). A solução, como se nota, é exógena (tem que vir de fora do sistema jurídico). **(Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-10/coluna-lfg-problema-carcerario-politico-nao-juridico>; acesso em 22.09.2012).**

Considerada essa realidade, o abolicionismo é a medida que se impõe em sede de Direito Penal ou da falta deste, não significando tão somente a limitação do arbítrio punitivo e a diminuição da violência simbólica (e concreta) da cultura da pena presente no atual modelo. A perspectiva abolicionista atenta para o caráter emancipador e solidário potencialmente existente num contexto de sociedade, abrindo os horizontes do controle social e revelando a possibilidade de realização do poder disciplinar em um contexto mais humano.

O Magistrado Alexandre Morais da Rosa também traz uma lição crítica em seu livro que advoga a tese de uma criminologia de não violência (2011, pg. 5):

O povo em geral acredita que criminalizar as condutas tidas como indesejáveis é a solução para a prevenção das ameaças aos bens jurídicos e que o encarceramento coloca uma pedra na situação. Em verdade, não se pode, pois, proteger situações etéreas e que não correspondam a condutas verificáveis no mundo da vida, pois não se pode criminalizar a pessoa. Entretanto esta função acaba sendo desqualificada em nome de políticas criminais totalitárias, como da “Lei e da Ordem”. Enfim, ao invés de se buscar no espaço da política encaminhamentos democráticos, diante da pretensão de agradar o público fomenta-se em todos os ramos partidários um discurso acrítico de agigantamento do Sistema Penal. Raro é o político que se posta na contramão da criminalização da vida cotidiana, pois este discurso não ganha aprovação coletiva e leva à perda de votos (ROSA, 2011, pg. 5).

Zaffaroni faz uma comparação interessante entre o projeto penal para a sociedade e a contratação de uma empresa que, reconhecidamente, não tem condições de cumprir com a sua parte. Ninguém compra um apartamento impressionado por uma bela maquete apresentada por uma empresa notoriamente insolvente; no entanto, compramos a suposta segurança que o sistema penal nos vende (2001, pg. 27).

Todo o progresso e a riqueza construída ao longo de séculos acabou por gerar uma enorme desigualdade social, pois para que iniciativas humanas fossem desenvolvidas, precisou-se dispor de mão de obra nos moldes do interesse originário do projeto; de forma natural, assim, foi surgindo uma classe social que ganha pouco, trabalha muito e não desenvolve sua cidadania.

Para o outro lado da moeda, então, a solução foi construir um ordenamento jurídico-penal para “tapar os buracos” que essa desigualdade cava. Nesse sentido, fala-se em “bens jurídicos emergentes” e “novos riscos criados”, como se não soubessem as causas de um desenvolvimento econômico levado a efeito a qualquer custo. Às camadas economicamente favorecidas cabe a tarefa de intervir normativamente para que se protejam bens jurídicos construídos a areia de praia, cimento batizado e tijolos superfaturados – uma obra fadada ao fracasso.

Zaffaroni e Batista trabalham com a ideia de que o Estado, lançando mão de suas políticas repressivas, só faz piorar a situação (2003, pg. 38):

Em suma, esta imagem bélica, legitimante do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança, implica aprofundar sem limite algum o que o poder punitivo provoca inexoravelmente, que é a debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina).

De acordo com os referidos doutrinadores, o modelo de organização social comunitária vem perdendo terreno perante o de organização corporativa. O Estado exerce uma competência opressora que acaba por afastar o sentimento de que o

cidadão faz parte de uma nação unificada. As relações sociais horizontais perdem terreno para uma crescente relação de força, que é a vertical e autoritária. O modelo de Estado que se vislumbra há anos passou a ser o de uma organização social corporativa, um verdadeiro Estado de polícia.

A urgência no Brasil, como na maioria dos países do planeta, é lutar em todas as direções não contra os criminosos, mas contra a pobreza e a desigualdade, isto é, contra a insegurança social (WACQUANT, 2001, pg. 12). Não podemos depositar toda a culpa pelas terríveis demonstrações de violência apenas na camada pobre e marginalizada da sociedade, que, em que pese serem os executores principais dos atentados aos chamados “bens jurídicos”, não são os únicos a que se deve atribuir uma parcela de culpa.

Quando os “bens jurídicos” eleitos como mais importantes são violados, é sinônimo de que o Estado falhou na sua tarefa constitucional de promover o bem de todos; de construir uma sociedade solidária e de reduzir as desigualdades sociais. Fazendo a opção pela criminalização dos comportamentos indesejados, admite-se a frustração do Estado enquanto nação e que preza a dignidade da pessoa humana como fundamento de uma sociedade mais justa e com menos diferenças.

Dentro desse contexto sociopolítico, entendemos que os governos nos fazem combater os **efeitos** como se fossem as verdadeiras **causas** das mazelas sociais. O debate político fica escondido nessa cortina de fumaça lançada por pessoas as quais interessa a manutenção do discurso firme da repressão.

A reprodução da miséria é algo notável e inerente ao sistema. A cadeia produz um imenso contingente de mão de obra submissa e disponível à exploração. Ao ex-apenado são reservados os trabalhos exercidos sob condições degradantes, eis que sobre ele recai uma chaga que marca como uma tatuagem grosseiramente trincada sobre a pele.

Não é preciso ir longe para provar que egressos do sistema penal não são bem recebidos de volta pela sociedade. A tarefa de procurar um emprego, por exemplo, é prejudicada por uma exigência do empregador em ter um funcionário com a “ficha limpa”. Inequivocamente, tal medida acaba por excluir novamente o agora egresso da sociedade, incentivando-o indiretamente a voltar ao tráfico de drogas, a alimentar a prostituição, etc., na medida em que o ex-apenado, rotulado, não tem outra saída senão a volta ao crime. É a **autofagia do sistema penal** (LOPES JÚNIOR, 2006, pg. 21).

Faz-se uma propaganda pela lei e ordem que se apresenta muito simples: seguir leis, sob pena de privação de liberdade, regra geral. Criminaliza-se a subtração de bens consumíveis/alimentares e do patrimônio alheio, esquecendo-se de que apenas irá lançar mão dessa prática aquele que não o tem. Paliativamente se elabora uma estrutura normativa que já nasce equivocada e que apenas olha por uma parte da sociedade.

Basta sair às ruas e verificar o estado de abandono em que uma boa parte da população se encontra. Não se trata somente de carências materiais, de dinheiro; falta uma educação para a cidadania, uma noção de vida em comunidade, a valorização de interesses republicanos, solidariedade e fraternidade.

O povo (rubrica a que se destina qualificar todos aqueles que perfazem a parte pobre da sociedade) é lançado à própria sorte, colocado em estado de barbárie e sem as mínimas condições de exercer sua cidadania, pois, em verdade, não se enxergam como fazendo parte de uma sociedade regida por uma Constituição que organiza a vida política de uma República Federativa.

E o destino dessas pessoas excluídas do convívio social é o castigo de continuarem segregadas, pelo menos no que depender das leis e da forma como se instrumentalizam nos dias de hoje.

Quem perturba a tranquilidade pública, quem não obedece às leis, quem viola as condições sob as quais os homens se mantêm e se defendem mutuamente, deve ser posto fora da sociedade, isto é, banido (BECCARIA, 2005, pg. 59).

Por produção legislativa desse tipo, toma-se o problema de um ponto de partida atrasado. Busca-se fazer cessar manifestações de violência como se nada mais se tivesse a fazer. Como se todos os esforços no sentido de se evitar práticas indesejadas já tivessem sido despendidos. Como se todos os valores positivos de uma sociedade já estivessem fazendo parte do nosso Estado democrático, e que, portanto, desrespeitá-los seria realmente uma falha inadmissível, haja vista que o poder público dá todas as condições para que as pessoas vivam bem e sem ter a necessidade de contrariar as disposições legais. Como se o povo não se encontrasse num deserto da mais seca miséria, onde a cada passo se reconhecem mais carências humanas, mais falta de fraternidade, de solidariedade e daquele sentimento democrático de República, já descritos nas letras preambulares da nossa Constituição Federal. Como se a desigualdade social não fosse determinante para que houvesse a onda de violência anunciada todos os dias nos noticiários da TV, que cumpre a missão de afastar o debate político e denunciar e massacrar os inimigos declarados da população de bem

que, vítima, clama por mais rigor na criação e aplicação das leis penais. E, finalmente, como se, de fato, essa obediência às leis, pregada pelo autor italiano, solucionasse instantaneamente todos os problemas que se fazem refletir nos números da violência computados em nosso país, mais preocupantes a cada ano.

A estratégia pela proteção de bens jurídicos se mostra hipócrita e egoísta, pois separa e continua e aumentar as distâncias entre os filhos de uma mesma nação. A escolha desses bens a serem protegidos pressupõe a existência deles, sua disposição conforme a vontade de seus detentores; dessa forma, então, restam protegidos apenas aqueles bens que fazem parte da vida das pessoas que possuem melhores condições de vida (família estruturada, cultura, recursos financeiros), em detrimento de uma grande camada marginalizada a que se destina a legislação penal.

Esse “pacote normativo”, produzido para proteger uns dos outros, é instrumento do qual se lança mão na esperança de se deslocar para o mais longe possível qualquer ameaça a bens jurídicos daqueles que, de fato, são beneficiários de alguma coisa.

Fazendo menção a instituições constitucionais galgadas na maior expressão da democracia — por nós adotada como forma de governo —, qual seja, a Assembleia Nacional Constituinte, busca-se atentar para a primitiva manifestação de fundamentos e objetivos da nossa República Federativa do Brasil, tão bem ilustrada pela doutrina de Nilo Batista (2005, pg. 58):

Uma república que tenha como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III da CRFB) e como objetivos a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” e a promoção do “bem de todos” (art. 2º, I e IV da CRFB) deve conter, pelo menos, a inflação penal.

De fato, se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar a necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa. Constitui-se assim o direito penal como um *sistema descontínuo de ilicitudes*, bastante folhear a parte especial do código penal para percebê-lo.

Quando os homens e as mulheres compreenderem o peso que essa máquina de punir e excluir, herdada de séculos passados faz recair sobre nossas sociedades, não se encontrará mais ninguém que avalize tal sistema. O autor sustenta que a chave para a solução do problema das penas reside dentro de cada um de nós, bastando que algum acontecimento da ordem do que foi apresentado nesse trabalho venha a tona,

quando se criará uma consciência popular que, finalmente, reivindicará a abolição do sistema penal (HULSMAN, 1993, pg. 56).

O egoísmo é o sentimento humano mais difícil de perceber que se está praticando. Isto porque a pessoa que está sendo egoísta apenas sente algo que lhe ameace a segurança e o bem estar, o que, até certo ponto, seria completamente legítimo e correto, pois cada um busca o que é melhor para si.

Ocorre que, no caso objeto deste estudo, as origens da ameaça e da lesão ao bem jurídico particular são precedidas por questões sociais ainda não muito bem compreendidas.

A doutrina de Zaffaroni (1991, sumário) traz uma reflexão diferenciada a respeito do que se costuma apresentar em termos de deslegitimação do discurso penal:

Já nos disseram que, com este ensaio, escapamos do sistema planetário, o que, de certa forma, é verdade. Talvez seja este um ensaio erético, uma irreverência ou um atrevimento: estamos conscientes de que a descrição da realidade do exercício do poder dos sistemas penais em nossa região marginal latino-americana e a tentativa subsequente de reconstruir dogmaticamente a teoria penal a partir desta realidade levam-nos de encontro a postulados amplamente reiterados do saber penal. Somente o nível de violência a que assistimos e sua trágica progressão fazem-nos tomar a decisão de “sair do sistema planetário”. É possível que não se trate de “sair” e, sim, de reconhecer que estão nos deixando de fora. De qualquer maneira, assumir conscientemente a condição de marginal é pressuposto iniludível para se tentar sua superação (ZAFFARONI, 1991, prefácio).

Triste é o lamento quando se esbarra com a miséria nas ruas, a indiferença e a mania de atribuir culpa imediata ao outro pela lesão ao seu “bem jurídico tutelado” e de exigir a exemplar punição; triste é fazer isso de maneira consciente, manifestando a intenção de combater a violência com a mais pura retribuição e sede de vingança; triste é ignorar que sua revolta é um grão de areia diante do árido deserto da miséria e passar a vida professando uma solução baseada na força; triste é ter seu “bem jurídico tutelado” violado e sentir a dor somente na sua individualidade, pois não passa pela cabeça que quem sofre de fato é a sociedade como um todo; triste é não despertar do desse sono confortável que é o de viver a vida com a certeza de que se está seguindo o caminho certo, quando na verdade o futuro caminha a passos largos para mais repressão, mais barbárie, mais violência institucionalizada, e se afastando de uma reflexão mais crítica e comprometida com a busca de uma vida (verdadeiramente) mais justa para todos.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, a estruturação de uma crítica ao objetivo central e aos princípios de Direito Penal é o mínimo que se apresenta diante da observação empírica das manifestações de violência em nossa sociedade.

A eleição de certos bens jurídicos reduz toda a problemática ao âmbito do penal, afastando o debate político que, certamente, traria mais contribuições para a evolução da nossa sociedade e de cada um de nós enquanto habitantes de um mesmo território e enquanto cidadãos regidos sobre uma mesma Carta Política.

É uma grande vergonha para um povo que se diz nação a tomada de certos bens jurídicos e a reserva de sua exclusiva disponibilidade em detrimento de uma camada miserável de pessoas que, não se pode esquecer, também faz parte desse povo. Considerar que essa construção dita protetora de bens é inerente ao desenvolvimento humano é uma das maiores barbaridades que se pode cometer – e se comete – no nosso país, pois muita coisa ainda precisa ser feita para que se pense em arquitetar voos mais altos para o Brasil.

O discurso penal, como se buscou demonstrar ao longo do trabalho, não protege os bens jurídicos a que se propõe. A própria colocação do termo “proteção” deve nos causar vertigem quanto ao seu verdadeiro sentido: a manutenção das coisas como estão, o fechar de olhos para as carências humanas, a criminalização da pobreza, o aumento dos números da clientela do Direito Penal ano após ano, enfim, um discurso construído sobre bases fragmentárias e frágeis, que não resistem a uma reflexão mais aprofundada.

O discurso de combate à impunidade também se esvazia na medida em que olhamos os números da criminalidade no Brasil: cada vez mais crimes, mais presos, mais reincidentes, mais violência reproduzida. Os meios de comunicação noticiam todos os dias a guerra às drogas e à criminalidade, prestando o serviço publicitário à estratégia oficial da militarização como controle social, sem admitir, contudo, a ineficiência do seu projeto; algo que está errado e não traz resultados, portanto, não merece continuar existindo.

Não se pode chorar sobre o sangue derramado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____, *A violência do estado e os aparelhos policiais: Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB v.4, jan. 1998, p. 119-127.

_____, *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____, *Política criminal com derramamento de sangue*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, RT v.20, out. 1997, p. 129-146.

_____, *Novas tendências do direito penal*. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense v.370, nov. 2003, p. 135-145.

_____, *Melhor impossível*. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, NOTADEZ INFORMACAO v.21, jan. 2006, p. 69-72.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. Código Penal (decreto-lei n. 2.848/40). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

_____. Código de Processo Penal (decreto-lei 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

_____. Lei n. 8.072/90. *Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º., inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências*.

_____. Lei n. 9.034/95. *Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização)*. Florianópolis: UFSC, 1996 . Dissertação de Mestrado em Direito. Orientadora: ANDRADE, Vera Regina Pereira de.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento das prisões*. 37ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

KRANTZ, Deise Helena. *Abolicionismo do controle penal: utopia da realidade ou realidade da utopia*. Florianópolis: UFSC, 2002. Dissertação de Mestrado em Direito. Orientadora: ANDRADE, Vera Regina Pereira de.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

RAMOS, Sílvia; PAIVA, Anabela. *Mídia e violência: novas tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; Batista, Nilo. *Direito penal brasileiro – I*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revam, 1990.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

